

Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università degli Studi di Ferrara

1

ANDREA GUAZZAROTTI

L'AUTOAPPLICABILITÀ
DELLE NORME
UN PERCORSO COSTITUZIONALE



Jovene editore
2011

La pubblicazione di questo volume è stata approvata dal Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Ferrara sulla base del giudizio positivo formulato da una commissione appositamente istituita per la valutazione scientifica dell'opera e composta dai proff. Roberto Bin, Giuditta Brunelli e Cristiana Fioravanti.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2011

ISBN 978-88-243-2013-9

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

<i>Ringraziamenti</i>	p. IX
-----------------------------	-------

CAPITOLO PRIMO

ALLA RICERCA DI UNA NOZIONE TRASVERSALE

1. L'autoapplicabilità come regola interpretativa o come vincolo sulla normazione	» 1
1.1. Autoapplicabilità e destinatari delle norme	» 1
1.2. Autoapplicabilità come (auto)vincolo interpretativo	» 4
1.3. Autoapplicabilità come vincolo ai poteri politico-normativi: tratti comuni con il profilo precedente	» 6
2. Una mappatura preliminare dei fenomeni dell'autoapplicabilità	» 8
2.1. Autoapplicabilità come regola interpretativa: casistica	» 8
2.2. Autoapplicabilità come vincolo sulla normazione: casistica	» 11
3. Una difficile <i>reductio ad unum</i>	» 13
3.1. L'assenza di ricostruzioni unitarie	» 13
3.2. L'autoapplicabilità tra testo normativo e assetto di poteri	» 16
3.3. Decostruire l'autoapplicabilità?	» 18
4. Scopo della ricerca	» 22

CAPITOLO SECONDO

AUTOAPPLICABILITÀ E SANZIONE DELL'INERZIA

1. Alcune costanti del fenomeno	» 27
1.1. Atto, disposizione o norma?	» 27
1.2. Dalla forma alla sostanza, dalla <i>voluntas auctoris</i> alla <i>ratio iuris</i>	» 33
1.3. (<i>Segue</i>) L'autoapplicabilità come processo di innesto tra disposizioni	» 35
2. Modelli di autoapplicabilità	» 41
2.1. Non è solo "buona volontà" del giudice: gli elementi strutturanti l'autoapplicabilità	» 41
2.2. Un'autoapplicabilità "di sistema"? Il ruolo del canale di comunicazione tra giudici del caso e giudice "dei principi"	» 44
2.3. Le peculiarità dell'autoapplicabilità nel diritto regionale	» 49
2.4. Le peculiarità dell'autoapplicabilità nel referendum abrogativo	» 52

3. Vigenza, efficacia, sanzione	p. 55
3.1. La distinzione dei piani dell'efficacia delle norme e dei "livelli sanzionatori"	» 55
3.2. Distinzione tra "livelli sanzionatori" e (pretesa) separazione tra uso "parametrico" e uso "diretto" delle norme	» 58
3.3. Una comune ratio sanzionatoria?	» 65
3.4. (<i>Segue</i>) Il caso della legge delega: un'eccezione che conferma la regola?	» 72
4. La diversa logica ricostruttiva delle "presunzioni"	» 77
5. Conclusioni (parziali): sanzionabilità dell'inerzia e diritti individuali	» 86

CAPITOLO TERZO

AUTOAPPLICABILITÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

1. Autoapplicabilità e diritti fondamentali	» 93
1.1. Il filo rosso dei diritti nei sistemi "ad alta autoapplicabilità"	» 93
1.2. (<i>Segue</i>) ... e in quelli "a bassa autoapplicabilità"	» 96
2. Diritti fondamentali e Regioni	» 97
2.1. La tutela dei diritti quale nuova declinazione dell'interesse nazionale	» 97
2.2. Il nuovo modello costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti	» 101
2.3. I livelli essenziali tra politica e diritto	» 101
2.4. I fondi statali vincolati: un'incostituzionalità "tollerata" in ossequio ai diritti?	» 105
2.5. (<i>Segue</i>) Finanziare i diritti senza garantirli?	» 108
2.6. L'ombrello dei diritti: sanzione o premio all'inattuazione statale dell'autonomia regionale?	» 110
3. Diritti fondamentali e referendum abrogativo	» 112
3.1. Tutela minima dei diritti e inabrogabilità referendaria	» 112
3.2. Anticipazione del giudizio incidentale e "blindatura" delle leggi attuative di diritti	» 115
3.3. Ipervalutazione del legislatore o del potere referendario e deresponsabilizzazione dei giudici	» 118
4. Diritti fondamentali e potere giudiziario	» 119
4.1. La "dottrina" della Corte sulla c.d. <i>tutela minima</i> dei diritti inviolabili: il caso dell'art. 2059 c.c.	» 119
4.2. Il modello (fuorviante) dell'art. 36 Cost.	» 124
4.3. Tutela minima dei diritti: ragioni e controindicazioni di una <i>non-dottrina</i> della Corte	» 128
4.4. (<i>Segue</i>) L'immediata precettività del diritto costituzionale di asilo secondo la Cassazione	» 132
5. La <i>tutela minima</i> dei diritti quale dottrina dell'autoapplicabilità <i>non invasiva</i> della discrezionalità legislativa?	» 135

6. Autoapplicabilità dei <i>doveri</i> e riserva di legge	p. 136
6.1. L'autoapplicabilità delle norme costituzionali quale matrice di poteri <i>extra-legem</i> ?	» 136
6.2. Diretta applicabilità della Costituzione e poteri della p.a.	» 139
6.3. Autoapplicabilità dei diritti della collettività e potere d'ordinanza	» 141
6.4. L'insuperabile valenza garantista della riserva di legge	» 144
7. Conclusioni (provvisorie) sull'autoapplicabilità delle norme alla luce dei diritti	» 148

CAPITOLO QUARTO

L'AUTOAPPLICABILITÀ COME BILANCIAMENTO

1. Il difficile equilibrio tra effettività e legittimità di un sistema "esterno"	» 155
1.1. Il diritto UE e la dottrina della Corte di giustizia sui diritti fondamentali	» 159
1.2. La "nuova" CEDU tra esigenze di effettività e flessibilità	» 162
1.3. L'OMC in cerca di legittimazione	» 168
1.4. L'Autoapplicabilità come "valvola regolatrice": un confronto tra il trattamento dell'OMC da parte della Corte di giustizia e della CEDU da parte della Corte costituzionale	» 175
2. Efficacia e legittimità nel sistema di relazioni Stato-Regioni e legislatore-potere referendario	» 179
3. Efficacia e legittimità nell'autoapplicabilità dei diritti costituzionali	» 184
3.1. Tutela minima dei diritti inviolabili e risarcimento del danno non patrimoniale	» 184
3.2. Il ruolo delle relazioni industriali nell'autoapplicabilità degli articoli 36 e 40 Cost.	» 185
3.3. Un caso paradigmatico di autoapplicabilità come bilanciamento: l'accessione invertita a favore della p.a.	» 187
4. La variabile del canale di dialogo con il sistema politico	» 190
4.1. Il caso delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle N.U. dinanzi alle Corti europee	» 192
4.2. L'OMC quale sede di decisione politico-legislativa sovranazionale?	» 195
4.3. La Corte di giustizia prende in ostaggio i diritti sindacali?	» 198
4.4. Canale politico e CEDU: diritto internazionale pattizio e standard maggioritari di tutela dei diritti	» 201
4.5. Le potenzialità del canale politico riguardo agli ambiti "competenziali" del diritto regionale e del referendum	» 205
CONCLUSIONI	» 211
<i>Bibliografia</i>	» 215

RINGRAZIAMENTI

Questo libro deve la sua ispirazione iniziale a un'intuizione e a un suggerimento di Roberto Bin circa la possibilità di studiare in modo trasversale alcuni fenomeni della c.d. "diretta applicabilità" delle norme. È possibile che quell'iniziale suggerimento sia stato ampiamente travisato da chi scrive: la consueta assunzione di responsabilità circa la paternità degli errori è d'obbligo.

Un ringraziamento particolare va, inoltre, a tutti coloro che hanno avuto la pazienza di leggere versioni provvisorie di questo lavoro, offrendomi preziosi suggerimenti per il suo miglioramento. Ringrazio i Professori: Sergio Bartole, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli. Ringrazio gli amici e i colleghi: Francesco Palermo, Fulvio Cortese, Giuseppe Martinico, Gianni Di Cosimo, Andrea Pugiotto, Paolo Veronesi, Giuditta Brunelli, Cristiana Fioravanti, Cesare Mainardis, Filippo Benelli, Fabio Corvaja, Andrea Pertici, Elena Malfatti, Gianluca Famiglietti.

Un ringraziamento speciale va, infine, all'amico e collega Marco Dani, per le approfondite letture critiche e i suggerimenti bibliografici sul diritto dell'Unione europea.

CAPITOLO PRIMO

ALLA RICERCA DI UNA NOZIONE TRASVERSALE

SOMMARIO: 1. L'autoapplicabilità come regola interpretativa o come vincolo sulla normazione: 1.1. Autoapplicabilità e destinatari delle norme. – 1.2. Autoapplicabilità come (auto)vincolo interpretativo. – 1.3. Autoapplicabilità come vincolo ai poteri politico-normativi: tratti comuni con il profilo precedente. – 2. Una mappatura preliminare dei fenomeni dell'autoapplicabilità: – 2.1. Autoapplicabilità come regola interpretativa: casistica. – 2.2. Autoapplicabilità come vincolo sulla normazione: casistica. – 3. Una difficile *reductio ad unum*: 3.1. L'assenza di ricostruzioni unitarie. – 3.2. L'autoapplicabilità tra testo normativo e assetto di poteri. – 3.3. De-costruire l'autoapplicabilità? – 4. Scopo della ricerca.

1. *L'autoapplicabilità come regola interpretativa o come vincolo sulla normazione*

1.1. *Autoapplicabilità e destinatari delle norme*

Il fenomeno dell'autoapplicabilità delle norme presenta una evidente natura trasversale: esso va dal problema (ormai storico) della distinzione tra norme costituzionali programmatiche e precettive, a quello degli effetti diretti delle norme comunitarie (oggi, dell'Unione europea); dall'efficacia dei principi fondamentali statali nelle materie di competenza regionale ripartita, a quello della necessaria autoapplicabilità della normativa di risulta dei quesiti referendari su leggi costituzionalmente obbligatorie, e molto altro ancora.

In prima approssimazione, si tratta di un fenomeno relativo a disposizioni normative la cui *vigenza* non è in discussione. Per ciò solo, tali disposizioni entrano a far parte dell'ordinamento giuridico complessivo, *mutandone* la fisionomia. Tuttavia, se pure è vero che ogni mutamento ordinamentale non può che vincolare *giuridicamente* anche l'interprete e l'operatore giuridico (e dunque i giudici, in ultima istanza), la formulazione di tali disposizioni normative esibisce un grado di genericità (indeterminatezza, condizionalità, ecc.) tale da sdoppiare la loro efficacia giuridica: pienamente efficaci e vincolanti relativamente ai soggetti titolari di poteri normativi (primari o secondari); limitatamente o affatto efficaci relativa-

mente ai soggetti titolari di poteri applicativi e/o giurisdizionali. I primi soggetti sono infatti sottoposti al dovere di dare a simili norme attuazione e implementazione; i secondi sono invece chiamati ad attendere l'operato dei poteri politico-normativi, potendo al più, e non indiscriminatamente, servirsi delle norme "non-autoapplicative" per scopi meramente interpretativi di altre disposizioni normative rilevanti per il caso da decidere.

Così, una norma di diritto internazionale può ritenersi *vigente* anche sul piano interno (in virtù del rinvio contenuto, ad es., nell'ordine d'esecuzione della legge relativa a un trattato), ma *non autoapplicativa*, perché priva della necessaria implementazione normativa interna. Il che accade, ad esempio, per le norme internazionali statuenti obblighi di tutela *penale* di certi beni. Simili obblighi di incriminazione necessitano, per vincolo costituzionale (art. 25, co. 2, Cost.), di una norma di legge formulata in termini tassativi, così che il vincolo giuridico (d'origine internazionale ma "internalizzato" attraverso l'ordine d'esecuzione) si intenderà gravare *solo* sugli organi politico-legislativi cui la Costituzione affida il compito di formulare norme penali incriminatrici¹.

Analogamente, una norma della Costituzione può, per una serie di motivi, ritenersi incapace di produrre effetti giuridici immediati (come l'obbligo di garantire ai cittadini non abbienti il diritto di difesa "tecnica", in assenza di qualsiasi normativa che permetta al singolo di servirsi di avvocati – pubblici o privati – a carico dello Stato)². Pure in tal caso, il vincolo giuridico si intenderà tutto posto in capo al potere legislativo.

¹ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VIII ed., Napoli 2010, 312 s.; L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova 1974, 62 ss.; E. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano 2000, 205 ss., il quale analizza il caso italiano sul reato di schiavitù, rispetto al quale la Corte di Cassazione – sez. V, sent. del 7 dicembre 1989, in *Foro it.*, 1990, II, 399 ss. – ebbe modo di integrare la fattispecie criminosa interna (art. 600 c.p.) con la previsione della *Convenzione supplementare relativa all'abolizione della schiavitù*, firmata a Ginevra il 7 novembre 1956 (l. n. 1304/1957). In questo caso, la mancanza di tassatività della fattispecie internazionale che pone l'obbligo d'incriminazione è superata grazie all'innesto con la normativa interna del codice penale, che stabilisce natura e misura della sanzione (ma che, fino alla pronuncia della Cassazione cit., non si riteneva applicabile alla c.d. schiavitù "di fatto", bensì solo a quella "di diritto", in contrasto con la più ampia nozione di schiavitù accolta nella Convenzione internazionale). Per un caso comparabile avvenuto dinanzi alla suprema giurisdizione penale spagnola (in materia di crimini contro l'umanità, con riguardo alle cupe vicende della dittatura argentina), cfr. C. PINZAUTI, *Problemi di diritto penale e di diritto internazionale dinanzi all'Audiencia Nacional nel caso Scilingo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, 738 ss.

² Cfr. l'analisi della giurisprudenza costituzionale sull'insufficiente strumentazione legislativa del diritto di cui all'art. 24, co. 3, Cost. svolta da R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 116 ss. (da cui emerge, a partire dalla sent. 114/1964, l'impotenza della Corte a sanzionare l'imperfetta e insufficiente strumentazione realizzata dal legislatore al diritto costituzionale in questione, po-

Ma lo schema potrebbe applicarsi anche ai principi fondamentali delle leggi statali in materie di legislazione regionale concorrente³, ovvero al referendum abrogativo, nel caso di quesiti diretti ad abbattere normative “di principio”, cioè a introdurre, *in negativo*, un nuovo e opposto principio normativo, incapace tuttavia di fornire una dettagliata normativa operativa⁴.

La soluzione formale (e semplicistica) che un tempo la dottrina e gli operatori del diritto avevano escogitato era, come noto, quella del destinatario *letterale* di simili prescrizioni: lo Stato (ovvero la Repubblica, il Parlamento, il Governo), cui espressamente si rivolgono alcune disposizioni costituzionali; le “Alte Parti”, cui si dirigono espressamente alcune (o tutte le) disposizioni di un trattato internazionale; gli Stati, cui si dirigono le direttive comunitarie; le Regioni, cui si dirigono i principi fondamentali statali, ecc. È altrettanto noto come simile criterio formale risulti ormai da tempo screditato presso la dottrina e gli operatori giuridici, con la sostanziale accettazione da parte dello stesso potere politico di simile “discredito”⁵.

sto che all’abbattimento di quel poco che era stato fino ad allora realizzato non avrebbe potuto sostituirsi che un vuoto di tutela).

³ Un buon esempio è dato da C. cost. n. 212/2006, punto 5, sul principio statale di limitabilità della raccolta di tartufi nelle «tartufaie naturali migliorate e incrementate con la messa a dimora di un congruo numero di piante tartufigene»: per la Corte si tratta di una definizione caratterizzata da «evidente genericità... di per sé insuscettibile di pratica applicazione», non potendo perciò «che spettare alle Regioni... la normativa di dettaglio diretta alla concreta individuazione dei requisiti per il riconoscimento di tartufaia controllata». Altro esempio calzante è dato da C. cost. 467/2005, punto 3, in cui la Corte afferma che la legge regionale attuativa dei livelli essenziali nell’assistenza sanitaria fissati dallo Stato (*ex art. 117, co. 2, lett. m)*, Cost.) è sì legittima, nonostante la parzialità dell’attuazione, ma che la Regione «dovrà disciplinare» l’ulteriore implementazione organizzativa della prestazione, disciplina «che non può essere certo sostituita da una pronuncia di questa Corte».

⁴ Cfr. il caso del più volte proposto quesito abrogativo sulla c.d. “smilitarizzazione” della Guardia di finanza (dichiarato inammissibile da ultimo da C. cost. n. 35/2000). L’inammissibilità dell’abrogazione referendaria, secondo la Corte, sarebbe data dal fatto che il carattere militare di tale Corpo è compenetrato in una serie di norme legislative e regolamentari stratificate nel tempo che attengono a molteplici profili (organizzazione, *status* del personale, funzioni, ecc.). Tuttavia, è stato significativamente affermato che una simile impostazione del problema non tiene: se esistesse una disposizione riassuntiva (“di principio”) del tipo: “Il Corpo della Guardia di finanza è un corpo militare”, come potrebbe ancora sostenersi che essa non possa formare oggetto di referendum? Cfr. F. MODUGNO, *Ancora una «rassegna» sull’ammisibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *Giur. cost.*, 2001, 1822. Il principio abrogativo (smilitarizzazione) è dunque chiaro (l’oggetto del quesito referendario è chiaro, univoco e omogeneo), ma la sua implementazione non potrebbe avvenire per opera dello stesso referendum, bensì per mano di una organica riforma politico-legislativa.

⁵ Per la Costituzione italiana, cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 48 ss.; per le direttive comunitarie e per i rapporti tra

I termini della questione sembrano efficacemente riassunti dalla nota sentenza “*Defrenne*” della Corte di Giustizia, con riguardo alla diretta applicabilità di singole disposizioni (*principi*) dell’allora Trattato Cee (in particolare, dell’art. 119 e del divieto di discriminazione in base al sesso in materia di retribuzioni dei lavoratori). Per la Corte non è dato trarre argomenti dal fatto che la disposizione menzioni espressamente solo gli “Stati membri”, posto che ciò non esclude che la stessa disposizione attribuisca contemporaneamente «diritti ai singoli interessati all’osservanza degli obblighi così precisati». «L’efficacia di questa disposizione non può essere affievolita dalla circostanza che l’obbligo imposto dal trattato non è stato osservato in determinati Stati membri e che le istituzioni comuni non hanno adeguatamente reagito contro tale inadempienza. L’ammettere il contrario rischierebbe di fare della violazione del diritto un canone interpretativo...». «Infine, nel riferirsi agli “Stati membri”, l’art. 119 considera questi Stati nell’esercizio *di tutti i poteri* che possono contribuire all’attuazione del principio della parità di retribuzione», non potendo detta disposizione essere interpretata «nel senso di escludere l’intervento dell’autorità giudiziaria, per l’applicazione diretta del trattato»⁶.

1.2. *Autoapplicabilità come (auto)vincolo interpretativo*

Saltato, però, il criterio formale, la caratteristica dell’autoapplicabilità delle norme diventa ambigualmente un criterio che vale a vincolare l’interprete (e in ultima istanza il giudice) ma che contemporaneamente è frutto dell’interpretazione di quest’ultimo. Autoapplicative saranno, infatti, le norme che concedono all’operatore giuridico – secondo la *sua* valutazione – un grado di discrezionalità *compatibile* con il tipo di potere che ad esso l’ordinamento riconosce. Così, una norma di un trattato può essere considerata autoapplicativa quando il relativo giudizio non è «estraneo alla funzione ermeneutica e quindi può bene essere effettuato dall’interprete senza che vi sia necessità di un intervento legislativo», po-

fonti statali e regionali, cfr. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 117 ss. Discorso simile è valso anche per la CEDU, in alcune (discutibili) pronunce dei giudici italiani (cfr., ad es., Cass., 10 marzo 1989, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1953, per cui non sarebbero deducibili come motivi di ricorso in Cassazione le violazioni delle norme della CEDU «in quanto non sono applicabili ai rapporti giuridici interni, avendo efficacia vincolante solo per le parti contraenti e non per i singoli»). Sulla iniziale svalutazione della CEDU, quale fonte di norme “interne”, cfr. M. CHIAVARIO, ‘*Cultura italiana*’ del processo penale e *Convenzione europea dei diritti dell’uomo: frammenti di appunti e spunti per una ‘microstoria*’, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, 433 ss.

⁶ Corte di Giustizia, Causa 43/75 dell’8 aprile 1976, *Defrenne*, §§ 34-37 (corsivi aggiunti).

tendo il giudice trarre dal testo normativo tutto quanto «non esorbita dalle [sue] possibilità istituzionali»⁷. Ovvero, attingendo ancora all'emplificazione offerta dalla Corte di Giustizia nel citato caso *Defrenne*, il principio di non discriminazione in base al sesso costituisce una norma (in parte) sanzionabile dal giudice nella misura in cui le discriminazioni tra lavoratori «possono essere poste in luce mediante un esame *puramente giuridico*»⁸.

Si tratta di un'impostazione che, pur superando l'eccessivo formalismo di quegli orientamenti che pretendevano la formulazione di norme "complete" da parte del potere politico-normativo, non elimina il margine di ambiguità del concetto di autoapplicabilità⁹. A confermarcelo valgano, per ora, un paio di esempi. Nel caso *Defrenne*, già citato, la Corte di Giustizia non ha attribuito al giudice il potere di applicare direttamente il principio di non discriminazione *solo* sulla scorta di una configurazione dei poteri ermeneutici del giudice *astrattamente* intesi, bensì riferendosi anche (e forse *soprattutto*) al potere riconosciuto al giudice dal legislatore nazionale. Notava la Corte, infatti, che lo stesso legislatore (belga) aveva attuato il principio di non discriminazione dell'allora Trattato Cee (art. 119) con una disposizione che semplicemente *ripeteva* il divieto di discriminazioni¹⁰. Come dire, la Corte sentì il bisogno di verificare se il potere politico nazionale effettivamente ammettesse che i propri giudici operassero simili sindacati.

⁷ Cass., S.U., 17 aprile 1972, n. 1196, cit. da L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, cit., 52 s., nt. 14 e 76 s., nt. 48.

⁸ Causa 43/75 dell'8 aprile 1976, *Defrenne*, cit., § 21 (corsivi aggiunti). Cfr. R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano 1980, 103 ss. Sulla questione della natura "anfibia" delle disposizioni del Trattato CE che stabiliscono il principio di discriminazione, ossia sulla loro non indefettibile autoapplicabilità, torna di recente C. cost. n. 227/2010 (sul mandato d'arresto europeo), secondo cui il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 TCE, oggi art. 18 TFUE), «pur essendo il linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti» (punto 7.1).

⁹ Sull'escamotage della presunta "incompletezza" delle norme (costituzionali), cfr. la nota e risalente giurisprudenza della Cassazione sulla natura programmatica dell'art. 25, co. 2, Cost. e del divieto ivi contenuto di norme penali incriminatrici retroattive (S.U. pen., 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, II, 57 ss.). Di tale decisione si è detto che non spetta all'interprete «stabilire fino a che punto il legislatore debba legiferare» (così F. Pierandrei, nella citazione di S. BARTOLE, *op. cit.*, 46; si è parlato di «pedissequa ossequenza dei giudici al potere politico»: G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 495. Analoga critica, relativamente alle norme dei trattati internazionali, è formulata da L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, cit., 55. Nonostante tali autorevoli stigmatizzazioni, l'argomento della "completezza", con riguardo a norme dei trattati, perdura anche nella giurisprudenza più recente: cfr. E. RASPADORI, cit., 295 s.

¹⁰ Causa 43/75, *Defrenne*, cit., §§ 24-26.

Altro indice della non risolta ambiguità di un concetto di autoapplicabilità fondato *sul tipo di poteri* richiesti dalla norma-principio è dato dal perdurante riferimento al *destinatario formale* di certe enunciazioni normative operato anche di recente dalla nostra Corte costituzionale con riguardo ad alcuni obblighi internazionali pattizi¹¹. Simile mancato superamento della logica formalistica si spiega, almeno in parte, con la difficoltà di accettare che il giudice si muova “in solitaria”, in assenza di un ancoraggio a elementi normativi testuali capaci di guidarne la discrezionalità.

1.3. *Autoapplicabilità come vincolo ai poteri politico-normativi: tratti comuni con il profilo precedente*

Il fenomeno dell’autoapplicabilità presenta un ulteriore livello di complicazione. Esso è dato dal fatto che il giudizio sull’autoapplicabilità può valere, in caso di un suo esito negativo (norma *non-autoapplicativa*), non tanto a inibire i poteri dell’operatore giuridico (specialmente del giudice), bensì a inibire *altri* poteri, com’è il caso del limite posto – per costante interpretazione della Corte costituzionale – al potere referendario di abrogare leggi (ordinarie ma) costituzionalmente obbligatorie¹². Ovvero, e specularmente, esistono ambiti in cui si è discusso (e in parte ancora si discute) se la natura autoapplicativa di una norma non possa ridondare in una infrazione costituzionale da parte dell’autore dell’atto, laddove vincoli di natura competenziale richiedano (come per le competenze legislative concorrenti delle Regioni) che l’autore si limiti a porre norme *insuscettibili* di immediata applicazione, lasciando ad altri poteri politico-normativi *uno spazio che sia compatibile con la loro titolarità di indirizzo politico*¹³. All’interprete (in questi casi, alla Corte costituzionale) spetterebbe allora il giudizio circa l’autoapplicabilità o meno della

¹¹ Cfr. S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano 1999, 92 ss., in cui, tra l’altro, si cita C. cost. n. 193/1995, ove la Corte ha ritenuto non direttamente applicabile la norma della Convenzione OIL n. 103 del 1952 sulla protezione della maternità in ambito lavorativo, affermando che tale disposizione pattizia espressamente prevede l’adozione di misure *legislative* interne. L’altro caso riportato, è quello di C. cost. n. 58/1997, sul c.d. “caso Priebke”, in cui la Corte ha fondato parte del suo ragionamento sul fatto che la disposizione della Convenzione europea di estradizione del 1957 si rivolge letteralmente alle *Parti contraenti*, e cioè al solo potere politico (cfr. infra, Cap. IV, § 1).

¹² Cfr. Cap. II, § 1.1.

¹³ Cfr. A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni. Crisi di un modello*, Milano 2001, 99; R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, (2009), in www.associazionedeicostituzionalisti.it, i quali richiamano l’opinione di G. MOR (*Il nuovo assetto organizzativo del Servizio sanitario nazionale*, in *Sanità Pubblica*, 1997, n. 6, 620 ss.), secondo cui, in materia sanitaria, «le Regioni sono solo in grado di emanare delle norme di attuazione della legislazione statale, norme sostanzial-

norma, al fine di “censurare” il suo autore (o “ideatore”, nel caso del potere referendario) e inibirne *all'origine* l'esercizio dei relativi poteri¹⁴.

Così impostata, la questione dell'autoapplicabilità si concentra meno sulla presunta volontà dell'autore dell'atto e sulla struttura della disposizione in questione, quanto piuttosto sulla tipologia di poteri di cui dispone il destinatario dell'atto: per entrambe le categorie di casi (l'autoapplicabilità come auto-vincolo interpretativo, o come vincolo competenziale) occorre vagliare se la norma attribuisca poteri *compatibili* con quelli istituzionalmente (*costituzionalmente*) propri del destinatario. La norma (della Costituzione, di un trattato, di una direttiva UE) potrà, nella prima categoria, legittimamente vincolare il giudice se essa non rilascia *troppa* discrezionalità a quest'ultimo; la norma (di una legge-cornice) non potrà legittimamente vincolare una Regione, se essa (all'opposto della categoria precedente) non rilascia *sufficiente* discrezionalità a quest'ultima.

Naturalmente l'autoapplicabilità può essere oggetto di ulteriori scomposizioni analitiche (potendo, ad es., un giudizio di autoapplicabilità della norma superiore, come una disposizione costituzionale o di un Regolamento UE, valere a impedire che tale norma possa subire ulteriori specificazioni ad opera di atti normativi subordinati, che surrettiziamente manipolino il significato della norma superiore)¹⁵. Tuttavia, la dicotomia

mente regolamentari emanate sotto forma di legge». Qualcosa di molto simile è stato detto con riguardo al rapporto tra legge delega e decreto legislativo, *ex art. 76 Cost.*, posta la irrazionalità di una delega «di un potere del tutto privo di contenuto politico»: cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 214, nt. 30, che rimanda alle posizioni di STAIANO e CERRI.

¹⁴ In via successiva, con riguardo alle leggi statali di principio in materie regionali concorrenti, in via preventiva, con riguardo all'ammissibilità dei quesiti referendari: in entrambi i casi, tuttavia, si tratta di “bloccare sul nascere” la norma. In un simile schema può rientrare anche il formale divieto di introdurre norme non-autoapplicative con decreto-legge (cfr. *infra*).

¹⁵ Cfr., ad es., quanto affermato da Esposito in riferimento all'art. 10, co. 3, Cost.: posto che la Costituzione offre criteri sufficientemente precisi per determinare i beneficiari della garanzia del diritto di asilo, risulta interdetto al legislatore fornire un'interpretazione autentica della disposizione costituzionale che ne restringa la portata del contenuto soggettivo. Nella misura in cui l'art. 10, co. 3, Cost., contiene norme inderogabili (divieto di introdurre limiti geografici, ad es.), esso è ritenuto relativamente autoapplicativo. Il che non toglie la necessità di leggi volte a integrare quelle parti della disposizione costituzionale bisognose di completamento per poter essere applicate (relativamente ai criteri di accertamento dello *status* e al relativo procedimento): C. ESPOSITO, *Asilo (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 224 s. Non dissimile la posizione assunta dalla Corte costituzionale sull'art. 68, co. 1, Cost. e sulla portata della garanzia dell'insindacabilità dei parlamentari. Portata che il legislatore ordinario, con la l. 140/2003, intendeva chiaramente ampliare rispetto alla nozione fornita e applicata dalla Corte costituzionale (a partire dalle note sentt. 10 e 11 del 2000), includendovi *ogni attività di ispezione, di critica e di denuncia politica connessa alla funzione di parlamentare, espletata anche fuori del Parlamento* (art. 3, co. 1, l. 140/2003). La risposta della Corte, che pure non ha colpito la norma di legge in questione, nella sostanza ha negato al legislatore or-

accennata sopra sembra in grado di fornire un primo inquadramento dei diversi ambiti in cui si manifesta il fenomeno.

Pertanto avremo: autoapplicabilità come *regola interpretativa* per il giudice (e i soggetti dell'applicazione), che presuppone un caso concreto da risolvere (in via contenziosa, o meno); autoapplicabilità come *regola sulla normazione*, diretta ai soggetti titolari di discrezionalità politico-normativa, che presuppone un vincolo competenziale da rispettare all'atto di legiferare (ovvero, all'atto di introdurre una "normazione negativa", come avviene con il *referendum* abrogativo)¹⁶.

2. Una mappatura preliminare dei fenomeni dell'autoapplicabilità

2.1. Autoapplicabilità come regola interpretativa: casistica

Seguendo la dicotomia appena illustrata, si può tentare una mappatura (non esaustiva) dei fenomeni dell'autoapplicabilità, collocandoli nell'uno o nell'altro ambito concettuale. All'interno del primo gruppo (autoapplicabilità come regola interpretativa destinata, in ultima analisi, a guidare l'operato del giudice nella risoluzione di una controversia) sono collocabili almeno i seguenti fenomeni:

- a) il problema (apparentemente superato) dei requisiti necessari e sufficienti affinché le norme della Costituzione possano abrogare norme precostituzionali, secondo la nota dicotomia tra norme programmatiche e norme immediatamente precettive¹⁷;

dinario il potere di innovare alla disposizione costituzionale, ampliandone o restringendone arbitrariamente la portata (sent. 120/2004).

¹⁶ Anche se per il referendum abrogativo su leggi costituzionalmente obbligatorie il vincolo è duplice: un vincolo legato alla tutela di certi principi o istituti costituzionali (la necessaria operatività degli istituti di democrazia o di diritti costituzionali inviolabili), che impone quesiti "autoapplicativi", cui si aggiunge il vincolo competenziale dettato dall'assenza in capo ai promotori del referendum del potere di manipolare *liberamente* la normativa oggetto del quesito abrogativo, onde evitare di sovrapporsi al potere del Parlamento.

¹⁷ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 35; sulla perdurante attualità del problema del ricorso all'abrogazione in caso di contrasti tra Costituzione e leggi anteriori, cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, Relazione al Convegno annuale dell'A.i.c., 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (in riferimento alle modifiche del Titolo V della Costituzione del 2001); L. CARLASSARE, *Abrogazione o incostituzionalità? Le risposte della Corte*, in A. PACE, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il 50° anniversario*, Milano 2006, 128 ss. Per un esempio emblematico, cfr. C. cost. n. 265/1995, ove la Corte ha invitato la Cassazione a utilizzare il principio *legislativo* di parità dei coniugi, contenuto nella riforma del diritto di famiglia (l. 151/1975), al fine di ritenere *abrogata* la presunzione 'muciana' (art. 70, l. fall.) an-

b) il problema – ulteriore a quello *sub a*) – della necessità di dotare di una qualche immediata efficacia anche le disposizioni costituzionali “programmatiche in senso stretto” onde superare l’ostacolo della perdurante inerzia del legislatore nell’attuare intere parti della Costituzione¹⁸, da cui tutta la questione che poi ne è derivata, in relazione alle sentenze “interpretative” della Corte costituzionale¹⁹;

c) il problema – connesso ma distinto rispetto al precedente – della natura autoapplicativa o meno delle decisioni “manipolative” della Corte costituzionale, specie quelle c.d. “additive di principio” apparse sulla falsariga delle decisioni di “mera incompatibilità” del giudice costituzionale tedesco e austriaco;

d) il problema della c.d. *Drittwirkung* delle norme costituzionali²⁰, ossia della diretta azionabilità nei rapporti tra privati (ma anche tra privati e p.a., in alcuni casi), solo parzialmente sovrapponibile con quello appena accennato dei rimedi alla mancata attuazione costituzionale da parte del legislatore;

e) il problema delle conseguenze per l’ordinamento nazionale della *diretta applicabilità* dei regolamenti dell’UE (in presenza di norme interne contrastanti), nonché di quello – differente – degli *effetti diretti* delle norme contenute nei Trattati istitutivi e della *diretta efficacia* delle direttive c.d. “self-executing” (problemi a loro volta connessi con l’ulteriore questione dell’efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia, specie quelle interpretative²¹);

f) il problema della natura *self-executing* dei trattati internazionali, il quale assume dimensioni peculiari con riguardo ai trattati dotati di stru-

che in caso di regime di separazione dei beni, ritenendo a se stessa precluso ricorrere all’omologo principio *costituzionale* di parità dei coniugi al fine di annullare la legge, in ossequio alla discrezionalità del legislatore (ne seguiva l’abrogazione implicita dichiarata dalla Cassazione, sent. 29 dicembre 1995, n. 13149, in *Corr. giur.*, 1996/4, 402: cfr. R. GRANATA, *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità*, in *Foro it.*, 1998, I, 20). Per il perdurante rilievo dato dai giudici alla dicotomia tra norme costituzionali *programmatiche* e *precettive*, con riguardo ai poteri della p.a., cfr. M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell’amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano 2002, 290.

¹⁸ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 103.

¹⁹ Cfr. F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2007, 8 ss.

²⁰ In Italia tematizzata, tra i primi, da G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1967. Ci si limita a segnalare, inoltre, V. ONIDA, *L’attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 573 ss.; M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 3 ss.

²¹ Su cui cfr., di recente, G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli 2009, 77 ss.

menti *giudiziari* di controllo, come la CEDU (rispetto alla quale scatta l'ulteriore problema del vincolo giuridico scaturente dalle sentenze di condanna della Corte EDU che impongano o "suggeriscano" rimedi determinati agli Stati colpiti)²², o come l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC, d'ora in poi)²³;

g) il problema della natura della legge delega (*ex art. 76 Cost.*) e della possibilità che alcune disposizioni in essa contenute possano trovare applicazione (giudiziaria) anche in caso di omessa o incompleta attuazione da parte del decreto legislativo delegato;

h) il problema, strutturalmente affine al precedente, dell'efficacia della legge rinviante a un successivo regolamento d'attuazione (ma anche di delegificazione), quando, pur in caso di mancata adozione di quest'ultimo, le disposizioni della legge appaiano comunque utilmente invocabili in giudizio²⁴;

i) il problema dei poteri del giudice nei confronti di principi di legge statali cui non segua la tempestiva attuazione regionale (ai sensi della competenza ripartita, *ex art. 117 Cost.*, sia nella vecchia che nella nuova formula)²⁵.

²² Vincolo leggibile come derivazione di regole "autoapplicative" da quelle "di principio" della Convenzione: cfr. le sentenze della Cassazione, sul delicato tema della riapertura o della revisione dei processi interni a seguito di un vizio accertato dalla Corte EDU: sez. I pen., 12 luglio 2006, n. 32678, dep. 3 ottobre 2006 (*Somogyi*); Id., 1° dicembre 2006, n. 2800, dep. 25 gennaio 2007 (*Dorigo*); sez. VI pen., 12 novembre 2008 (*Drassich*). Sul tema, cfr. A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rass. Avvoc. St.*, 2006/3, 15 ss.; V. SCARABBA, *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, I, 513 ss.

²³ Cfr. Corte di giustizia dell'UE, casi congiunti 120/06 P (*FIAMM*), e 121/06 P (*Fedon*), del 9 settembre 2008 (§§ 125 ss.), in cui la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi sulla distinzione tra "effetto diretto" delle norme dell'OMC – negato dalla costante giurisprudenza comunitaria precedente – e l'"effetto diretto" di una decisione dell'organo per la soluzione delle controversie della stessa OMC, decisione di natura sostanzialmente giurisdizionale all'osservanza della quale le Parti contraenti non possono, almeno sul piano internazionale, in alcun modo sottrarsi (cfr. *infra*, Cap. IV, § 1.3).

²⁴ Per i regolamenti di delegificazione (rispetto ai quali la legge che li autorizza dovrebbe contenere le «norme generali regolatrici della materia», *ex art. 17, l. n. 400/1988*), si è osservato come il rinvio legislativo al successivo regolamento «non esclude che la legge autorizzatrice entri in vigore nel momento in cui si realizzano i normali presupposti perché ciò avvenga, né che essa possa esercitare immediatamente effetti diversi da quello rappresentato dalla prefissione delle norme di principio ai fini dell'emanazione del regolamento delegato»: A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare dopo la legge n. 400/1988*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, Milano 1991, 508 s.

²⁵ Problema, volendo, traducibile nella legittimità (e praticabilità) della regola legislativa (sull'interpretazione) per cui i nuovi principi legislativi statali abrogano (trascorsi 90 giorni dalla loro entrata in vigore) tutte le disposizioni regionali previgenti (art. 10, l. 62/1953); ovvero della opposta regola per cui i nuovi principi legislativi statali non possono

2.2. Autoapplicabilità come vincolo sulla normazione: casistica

Nel secondo gruppo (autoapplicabilità delle norme come *regola sulla normazione*, diretta al potere politico-normativo, che presuppone un vincolo competenziale da rispettare), si possono collocare (*almeno*) i seguenti fenomeni:

j) il problema della “necessaria non autoapplicabilità” della disciplina statale di principio nelle materie di competenza legislativa regionale concorrente, in base alle dottrine che interpretano il disposto del (vecchio e nuovo) art. 117 Cost. come divieto di norme statali “autoapplicative”²⁶;

k) il problema dei regolamenti locali, cui il nuovo art. 117, co. 6, Cost. sembra riservare una sfera competenziale tale da inibire una disciplina autoapplicativa da parte della legge (statale o regionale)²⁷;

l) il problema della struttura sufficientemente elastica delle norme (principi e criteri direttivi) della legge delega²⁸;

m) il problema della necessaria autoapplicabilità delle norme introdotte da un decreto-legge, secondo la regola (d’origine giurisprudenziale anteriore alla Costituzione) per cui «(i) decreti devono contenere misure di immediata applicazione», codificata nella l. n. 400/1988 (art. 15) quale corollario del vincolo costituzionale della necessità e urgenza (art. 77 Cost.)²⁹;

mai abrogare le leggi previgenti della Provincia di Bolzano e di quella di Trento, facendo scattare solo un obbligo di adeguamento (art. 2, d.lgs. 266/1992).

²⁶ Cfr. F. CUOCOLO, *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milano 1967, 468; A. D’ATENA, *L’autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974, 92 ss.; Id., *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Milano 2005, 136. Sull’approccio antiformale della Corte, riassuntiva è C. cost. n. 16/2010, secondo cui il giudizio di costituzionalità varrebbe, sì, a «verificare il rispetto del rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio, [essendo l’una] volta a prescrivere criteri e obiettivi, mentre all’altra spetta l’individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere quegli obiettivi», tuttavia, «nella dinamica dei rapporti tra Stato e Regioni, la stessa nozione di principio fondamentale non può essere cristallizzata in una formula valida in ogni circostanza, ma deve tenere conto del contesto, del momento congiunturale in relazione ai quali l’accertamento va compiuto e della peculiarità della materia».

²⁷ Cfr. G. DI COSIMO, *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano 2005, 61 ss., che parla di integrazione tra criterio di gerarchia e competenza e richiama il noto strumentario delle norme cedevoli introdotte dal legislatore, derogabili dal successivo intervento del regolamento locale.

²⁸ Al fine di evitare che al Governo siano delegati poteri non tanto legislativi, bensì meramente esecutivi, come accaduto nelle note vicende della riforma fondiaria o della nazionalizzazione delle imprese produttrici di energia elettrica: cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 213 ss., in cui si evidenzia come la giurisprudenza costituzionale non abbia sposato le tesi volte a impedire contenuti eccessivamente dettagliati della delega (spec. C. cost. 106/1962, punto 7).

²⁹ Mettendoci in dubbio la sussistenza di tale requisito laddove la disciplina del decreto-legge non sia destinata a produrre effetti giuridici immediati: cfr. V. ANGIOLINI, *Costi-*

n) il problema dei requisiti di ammissibilità dei quesiti referendari incidenti su leggi “costituzionalmente obbligatorie” (specie quelle elettorali e strumentali al rinnovo di organi costituzionali, ma non solo), laddove spicca, appunto, quello della “autoapplicabilità della normativa di risulta”;

o) il problema delle c.d. “leggi-provvedimento”, ove contenuti tipicamente provvedimenti sono rivestiti dei crismi dell’atto legislativo, la cui “autoapplicabilità” si declina nell’assorbimento a livello legislativo della fase procedimentale di ponderazione degli interessi finalizzata all’adozione del provvedimento nonché del provvedimento stesso, causando un’alterazione (per alcuni critici, una perdita netta) delle garanzie giurisdizionali contro gli atti amministrativi (ex art. 113 Cost.)³⁰.

tuente e costituito nell’Italia repubblicana, Padova 1995, 276, che ricorda come, già negli anni ’20 del secolo scorso, un orientamento minoritario della Cassazione negasse l’ammissibilità di disposizioni ad efficacia differita all’interno dei decreti legge. Il vincolo della l. 400/1988 in questione è risultato finora assai ineffettivo (cfr. A. CELOTTO, DI BENEDETTO, *Art. 77*, in *Comm. della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino 2006, 1519 ss.), come già prognosticato da A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 1490. Del resto già Esposito rilevava come l’urgenza e necessità dovesse essere riferita all’esigenza di intervenire legislativamente e non al contenuto dell’intervento (cfr. l’analisi dottrina in A. CELOTTO, *L’«abuso» del decreto-legge*, Padova 1997, 436 ss., in cui si circoscrive l’ipotesi di incostituzionalità ai decreti legge che si limitassero ad attribuire competenze normative regolamentari ad altre autorità, con una sorta di delega in bianco).

³⁰ In questo caso, l’autoapplicabilità è un indice (necessario ma non sufficiente) della natura anomala dell’atto legislativo, “provvedimentale” anziché normativo (cfr. M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 687 s.). Simile anomalia, però, non vale a far scattare un’automatica illegittimità della legge per invasione di una (inesistente) riserva di amministrazione, bensì dovrebbe teoricamente far scattare un più stringente test di ragionevolezza ad opera della Corte costituzionale (C. cost. nn. 306/1995; 134/1996; 153/1997; 185/1998; 364/1999; cfr. M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, 690, 693 ss., in cui si analizzano criticamente le tesi di D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano 1996, e di G.U. RESCIGNO, *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2013 ss., e si conclude per l’inesistenza costituzionale di una riserva d’amministrazione e per l’inopportunità di introdurla con riforma costituzionale, «proprio perché non è facile individuare la struttura e l’ambito del divieto»). Secondo le parole della Corte, trattasi di leggi «volte a “leggificare” scelte che di regola spettano alla autorità amministrativa», rispetto alle quali «la tutela dei soggetti incisi da tali atti verrà a connotarsi..., stante la preclusione di un sindacato da parte del giudice amministrativo, “secondo il regime tipico dell’atto legislativo adottato, trasferendosi dall’ambito della giustizia amministrativa a quello proprio della giustizia costituzionale” (sent. 62/1993)» (C. cost. n. 241/2008, punto 5). L’attenzione (della dottrina e della giurisprudenza più recenti) si concentra su leggi adottate in esito a procedimenti amministrativi disciplinati da una legge, la quale impone appunto che il provvedimento finale venga adottato con legge anziché con provvedimento, secondo lo schema “legge-madre” e “legge-figlia” coniato da G.U. RESCIGNO, (*Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 332) e ripreso dalla stessa Corte (sent. n. 241/2008).

3. *Una difficile reductio ad unum*

3.1. *L'assenza di ricostruzioni unitarie*

Nonostante la sua evidente trasversalità, il fenomeno dell'autoapplicabilità delle norme non sembra aver trovato una collocazione adeguata all'interno della teoria generale, accanto, ad es., a nozioni come l'efficacia, la validità, ecc.³¹. Una simile mancata categorizzazione potrebbe, invero, apparire giustificata, tenuto conto delle numerose (e profonde) differenze tra i fenomeni appena elencati, i quali finiscono per apparire insuscettibili di una *reductio ad unum*. V'è addirittura chi rileva un'eterogeneità ineliminabile all'interno di singoli fenomeni, come quello dell'autoapplicabilità dei trattati internazionali³². Ma anche rispetto alle problematiche costituzionali interne, è stato giudicato improprio l'accostamento tra la manipolatività dei quesiti referendari e quella delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale³³, ossia, secondo la "mappatura" proposta sopra, l'accostamento tra autoapplicabilità della normativa risultante da un'abrogazione referendaria e autoapplicabilità delle sentenze additive del giudice di costituzionalità. E i distinguo potrebbero proseguire³⁴.

Ad essere eterogenee sono, più a monte, le "radici" dottrinarie dell'autoapplicabilità: per la costituzione italiana, la teoria di Crisafulli aveva

³¹ Cfr. Y. IWASAWA, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, 633 s., secondo cui la questione della natura c.d. *self-executing* non è circoscrivibile alle sole disposizioni internazionali pattizie, bensì costituisce un problema di teoria generale; analoga osservazione viene svolta con riguardo agli "effetti diretti" delle norme comunitarie da S. PRECHAL, *Does Direct Effect still matter?*, in *CMLR*, 2000, 1048.

³² Rispetto ai trattati *self-executing*, ad es., si è rilevata una tale eterogeneità delle cause di non-autoapplicabilità da rendere impropria una loro trattazione congiunta (T. BURGENTHAL, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in International Law*, in *Rec. des Cours* 1992, IV, 369). Più in generale, appare non ancora chiaro se una coerente dottrina sull'autoapplicabilità delle norme internazionali debba essere di natura internazionalistica ovvero costituzionalistica (comunque interna), ossia se debba privilegiarsi il punto di vista interno all'ordinamento internazionale (nel rispondere alla domanda sul tipo di vincolo che la norma internazionale costituisce per il giudice nazionale), oppure quello interno all'ordinamento nazionale: cfr. A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, in *Intern. Journal of Const. Law*, 2008, 397 (il quale aderisce alla seconda opzione).

³³ Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Intervento*, in F. LANCHESTER (cur.), *I referendum elettorali*, Roma 1992, 64 s.; M. LUCIANI, *Articolo 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2005, 644, nt. 21.

³⁴ Così, l'autoapplicabilità predicabile per una direttiva comunitaria (oggi dell'UE), nonostante l'apparente somiglianza, non può essere equiparata a quella di una delega legislativa, né a quella di una legge statale nelle materie di competenza ripartita (cfr. R. BIN, *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.* IX, Torino 1994, 198), ecc.

di mira la piena vigenza e giuridicità di *tutte* le disposizioni costituzionali; per i trattati internazionali, la ricostruzione di Condorelli aveva di mira la natura dell'ordine di esecuzione³⁵; per il diritto comunitario, la difesa della giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'autoapplicabilità di fonti comunitarie diverse dai regolamenti, punta(va) a superare la ricostruzione dei rapporti tra norme comunitarie e nazionali in termini di mera "prevalenza gerarchica"³⁶; per l'autoapplicabilità delle norme statali anche in materie di competenza regionale, la teoria della "preferenza" ha riguardo alla natura dei rapporti tra Stato e regioni e alla peculiare accezione di "competenza" legislativa che ne consegue³⁷.

L'autoapplicabilità delle norme predicabile in un determinato ambito, dunque, non sembra essere la stessa di cui si discetta in un altro, per essere diverse le cause e i fini cui si connette, in ciascun ambito, lo "strumento concettuale" dell'autoapplicabilità. Si tratta, come si vede, di uno strumento concettuale assai duttile e forgiato per rispondere a problemi pratici settoriali.

Tuttavia, se focalizzato attraverso il ruolo cui è chiamato l'interprete (*il giudice*) in ognuno dei vari fenomeni della mappatura, il concetto di autoapplicabilità può essere almeno categorizzato quale *giudizio sui poteri dell'interprete-applicatore delle norme*, distinto da quello *sui poteri dell'autore delle norme*, come visto sopra. Nella prima tipologia, si tratta di un giudizio, per così dire, riflessivo, che il giudice dà su se stesso (sia pure relazionandosi con il concorrente potere politico), mentre nel secondo caso, si tratta di un giudizio che il giudice dà su poteri altrui (sul potere del legislatore statale, ad es., di vincolare quello regionale, nelle materie concorrenti).

Così impostato, il giudizio sull'autoapplicabilità evidenzia *sempre*, quale ne sia l'ambito, una commistione tra valutazione "obiettiva" di determinate norme, onde decifrarne la loro struttura, e un giudizio su un determinato riparto di poteri (*a chi* spetta implementare principi o norme di scopo).

Si ponga mente, inoltre, al fatto che anche nel primo ambito (giudizio "riflessivo" del giudice sui propri poteri di implementare norme di scopo) possiamo avere una situazione non troppo dissimile dal secondo

³⁵ Di cui veniva criticata l'impostazione dottrinarica classica, secondo cui l'ordine d'esecuzione costituirebbe lo strumento atto a provocare nel diritto interno le innovazioni necessarie in relazione a quanto richiesto dal trattato stesso: L. CONDORELLI, *op. cit.*, 98 ss.

³⁶ Cfr. R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, cit., *passim*, ma spec. 55; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 21, nt. 26.

³⁷ Cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, 1976, 95; V. CRISAFULLI, *Vicende della «questione regionale»*, in *Regioni* 1982, 502 s.; R. TOSI, «Principi fondamentali» e leggi statali nelle materie di competenza regionale, Padova 1987, 60.

ambito (giudizio su poteri altrui), tutte le volte in cui il giudice comune coinvolge una Corte “apicale” (come la Corte costituzionale o la Corte di giustizia o, più indirettamente, la Corte europea dei diritti dell’uomo) nella risoluzione di una controversia implicante il possibile ricorso a norme di scopo (costituzionali, dell’Unione europea o della CEDU) carenti di dettagliata implementazione normativa. Limitiamoci, per ora, al solo esempio della Corte costituzionale. Laddove interpellata al fine di decidere se una determinata “omissione legislativa” possa trasformarsi in una violazione costituzionale, la Corte può imboccare la strada di invitare il giudice a operare autonomamente, suggerendogli un’interpretazione integratrice che permetta, ad es., di estendere determinati benefici legislativi a soggetti (implicitamente) esclusi. In tali casi, la Corte svolge una funzione di “interfaccia” tra potere giudiziario e potere politico, non potendo il suo ruolo essere confuso con quello di “vertice” del potere giudiziario. Ne consegue che il dubbio circa la natura autoapplicativa o meno di un precetto costituzionale (in ipotesi, non adeguatamente implementato) non si traduce in un mero giudizio “riflessivo” sui propri poteri che i giudici comuni (chiamati a risolvere direttamente i casi, a differenza della Corte costituzionale) danno di se stessi, bensì in un giudizio formulato da un organo *ad hoc* su poteri *altrui*.

Con riferimento, infine, alle due ipotesi del secondo ambito della mappatura che più si prestano al parallelo con il primo (il riparto di competenze “principio-dettaglio” nelle competenze legislative regionali e il referendum abrogativo), occorre rilevare che anche in simili settori il sistema ammette, sia pure come tecnica di *default*, l’intervento interpretativo/integrativo del giudice, chiamato ad operare l’abrogazione delle leggi regionali incompatibili con i nuovi principi (secondo il non superato modello della legge “Scelba”)³⁸, ovvero a integrare l’ordinamento a seguito di un referendum abrogativo *non autoapplicativo* (laddove si ammetta l’esistenza concettuale di un simile referendum). Ne deriva che un nesso tra i due ambiti potrebbe essere proprio quello per cui la scelta del giudice costituzionale di imporre norme di mero principio al legislatore statale in materie regionali (concorrenti o residuali) o ammettere referendum “di principio” (evitando tutte le strettoie e le incoerenze dei quesiti abrogativi “manipolativi” in grado di produrre una normativa di risulta autoapplicativa) può condurre, almeno in astratto, ad affrontare il tipo di problemi tipici dell’autoapplicabilità come vincolo interpretativo per il giudice (alle prese con eventuali lacune dell’ordinamento o simili).

³⁸ Art. 10, l. 62/1953, attaccato senza successo dalle Regioni dopo la riforma del Titolo V della Costituzione (cfr. C. cost. nn. 376/2002, 302/2003, 222 e 223/2007, su cui si tornerà nel Cap. III, § 2.1).

3.2. *L'autoapplicabilità tra testo normativo e assetto di poteri*

Un elemento concettualmente unificate è, come accennato sopra, la commistione tra struttura di un testo normativo (autoapplicabilità come dato “intrinseco” agli atti) e rapporto tra poteri (autoapplicabilità come esito di un giudizio su determinati poteri).

Giudicare sull'autoapplicabilità di una norma, infatti, implica anche una valutazione (espressa o implicita) sul corretto assetto di poteri coinvolti nella “materia” di volta in volta rilevante. Così, giudicare autoapplicativa o meno la norma costituzionale sul diritto del lavoratore a una retribuzione sufficiente (art. 36 Cost.) ha (storicamente) implicato interrogarsi sul corretto rapporto che avrebbe dovuto intercorrere tra giudici e legislatore (ma anche con riguardo ai sindacati) e sull'adeguatezza del potere giudiziario a svolgere ciò che, in altri ordinamenti, è il *proprium* della legislazione sui minimi salariali³⁹. Oppure, ammettere che nelle materie di competenza legislativa regionale concorrente lo Stato possa adottare principi “autoapplicativi”, ha implicato (e implica) anche un giudizio sul corretto assetto di poteri tra legislatore centrale e legislatori regionali (*idem* dicasi per le direttive dettagliate dell'UE e i rapporti tra Unione europea e Stati membri). E ancora, ammettere l'autoapplicabilità della (virtuale) normativa di risulta di un quesito referendario ha implicato (e implica) un giudizio sui corretti rapporti tra legislatore e potere referendario. Né può trascurarsi l'ulteriore profilo dei rapporti tra Esecutivo e Legislativo⁴⁰.

È chiaro che, in questo modo, la nozione di autoapplicabilità delle norme finisce per perdere i caratteri di oggettività che essa sembra pre-

³⁹ Cfr. G. PERA, *La giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1953, 107 ss.; T. TREU, *Articolo 36*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1979, 80.

⁴⁰ Gli esecutivi nazionali che, adottando una direttiva CE, si accordano *anche per il dettaglio*, tagliano fuori la successiva “contrattazione” parlamentare, nella fase di trasposizione interna (cfr. R. BIN, *Atti normativi...*, cit., 160, che parla di «modificazioni di grandi proporzioni nella ripartizione costituzionale delle competenze»; per le vivaci reazioni del Parlamento francese, nel 1978, all'abuso dello strumento delle direttive CE dettagliate, cfr. K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford New York 2001, 154 s.); analogamente accade riguardo alla legislazione statale “completa di dettaglio”, concordata con le Regioni in sede di conferenze, ove il potere “di contrattazione” dei capi degli esecutivi regionali risulta privilegiato a scapito dei Consigli regionali, di cui viene sacrificato il successivo potere di legiferare “nel dettaglio” (cfr. T. MARTINES, A. RUGGERI, C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 2005, 102 s.). Per il dibattito relativo ai trattati internazionali, cfr. J. PAUWELYN, *Optimal Protection of International Law*, New York 2008, 72, nt. 37 (in cui si evidenzia il rischio che una indiscriminata applicabilità e supremazia interna degli obblighi internazionali pattizi avvantaggino ulteriormente gli esecutivi a danno dei parlamenti democratici).

supporre (struttura formale dell'enunciato e dell'atto in cui esso è collocato, ecc.), finendo per essere influenzata da un giudizio sul rapporto tra poteri che è assai esposto al mutare delle circostanze storico-politiche. Si pensi, per esempio, alle innovative tecniche dell'interpretazione adeguatrice e delle sentenze additive forgiate dalla Corte costituzionale fin dagli albori della sua attività: tali tecniche (ispirate proprio a esigenze di autoapplicabilità delle norme costituzionali) costituivano una singolarità della nostra giustizia costituzionale rispetto al panorama comparato dell'epoca. Ma la singolarità si spiega proprio guardando al contesto storico-politico italiano in cui nasceva tale prassi del giudice costituzionale⁴¹. E molti altri esempi potrebbero essere fatti⁴².

Una simile commistione (rapporto tra norme/rapporto tra poteri), in altre parole, finisce per rendere il concetto di autoapplicabilità intrinsecamente ricorsivo: autoapplicabile è quella norma dotata di una *struttura* tale da non necessitare ulteriore implementazione normativa, ma tale struttura è a sua volta ricavata sotto l'influsso (o la pressione) di elementi di valutazione extratestuali (e in certo senso "politici"), i quali inducono l'interprete a ritenere superflua l'ulteriore implementazione normativa (come nel caso di una Corte di giustizia fortemente "integrazioneista" e scettica verso l'effettiva capacità degli Stati membri di costruire sponta-

⁴¹ La *conventio ad excludendum* nei confronti dei partiti di sinistra (specie il PCI), bloccando il sistema delle alternanze di governo e impedendo l'attuazione di ampie parti della Costituzione, avrebbe indotto quel *processo volto a raggiungere, in via interpretativa, la immediata precettività delle norme costituzionali di principio*: M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982, 66 ss.

⁴² È stato sostenuto, ad es., che l'originaria giurisprudenza della Corte di giustizia sulla natura *self-executing* dei trattati internazionali è da ritenersi superata dai più recenti orientamenti (specie quelli che negano la natura *self-executing* agli Accordi OMC), e ciò perché, mentre il primo orientamento mirava ad accreditare nell'ordinamento internazionale una Comunità europea ancora "debole", la successiva "potenza" raggiunta dalla Comunità (oggi l'Unione) nelle relazioni internazionali (specie commerciali) ha suggerito alla Corte di giustizia un approccio opposto, che ridimensiona di molto la vincolatività interna dei trattati in favore di un margine di manovra del vertice politico dell'UE (P.J. KUIJPER, M. BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, in *CMLR* 2005, 1322 s.). Ancora a mero titolo esemplificativo, la decisione della Cassazione di ritenere non meramente programmatica la norma sul diritto di sciopero (art. 40 Cost.) sarebbe stata profondamente influenzata dalla «durissima opposizione che stavano incontrando nel paese e nel Parlamento i numerosi progetti governativi di legislazione anti-sciopero» (U. ROMAGNOLI, *Articolo 40*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1979, 290). Analogamente, il mutamento di orientamento della Cassazione quanto alla natura autoapplicativa del diritto di asilo, ex art. 10, co. 3, Cost., è spiegabile con il mutare delle circostanze geo-politiche (per cui, quando pochissime erano le richieste d'asilo e il fenomeno migratorio non era avvertito in Italia come potenzialmente pericoloso, più facile era per il giudice affermare la diretta applicabilità del diritto costituzionale d'asilo, in assenza di una legge che ne strumentasse l'esercizio: cfr. *infra*, Cap. III, § 4.4).

neamente il mercato comune; o di una Corte costituzionale italiana scettica verso l'effettiva capacità delle Regioni, specie le più economicamente arretrate, di assolvere adeguatamente al compito loro assegnato da una riforma statale⁴³, ecc.)⁴⁴.

Di qui il rischio che l'argomento della natura autoapplicativa o meno di una norma (al cui uso i giudici sempre più spesso vengono chiamati) finisca per rivelarsi *sempre* "non neutrale".

3.3. *Decostruire l'autoapplicabilità?*

Il cenno alla "non neutralità" delle operazioni tecnico-interpretative che danno corpo alle varie fenomenologie dell'autoapplicabilità richiama una tendenza alla decostruzione dell'autoapplicabilità ormai alquanto affermata, specie in ambiti quali il diritto dell'Unione Europea e, in parte, il diritto internazionale. Con riguardo a questi due ambiti, in particolare, si è affermato che l'autoapplicabilità sarebbe una sorta di "manto" tecnico-giuridico di determinate opzioni politico-sostanziali, che oggi necessitano invece di essere ricostruite come questioni costituzionali al fine di evitare che, mediante l'analisi "strutturale" di una norma esterna, si ometta di valutare il rapporto tra questa e le norme costituzionali interne, sottraendosi alla delicata opera di bilanciamento tra i valori veicolati dalle norme esterne e quelli veicolati delle norme costituzionali⁴⁵.

⁴³ Sulle ragioni politiche che hanno influenzato l'atteggiamento globale della Corte (strutturazione nazionale dei partiti e natura nazionale delle sedi in cui avviene la mediazione politica), cfr. R. BIN, *Legge regionale*, cit., 179.

⁴⁴ Il rischio costante è, in altre parole, che dal piano "oggettivo" della struttura delle norme e dei loro reciproci rapporti, si trapassi continuamente e inavvertitamente a quello "soggettivo" del rapporto tra poteri (o tra ordinamenti) e viceversa, senza poter definire separatamente i due ambiti. Ne consegue che, da un lato, una determinata ricostruzione della struttura di una norma non sarà mai oggettiva, bensì influenzata in radice da determinate concezioni su quale debba essere il rapporto ottimale tra potere politico e giudiziario (o tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta, per il referendum; tra centro e periferia, per l'art. 117 Cost.; tra livello sopranazionale e nazionale, per i trattati, ecc.), da un altro lato, non cesserà il bisogno di ricorrere alla "struttura oggettiva" di una norma per definire il corretto rapporto che deve intercorrere, in un determinato caso, tra potere legislativo e giudiziario (o altri poteri).

⁴⁵ Cfr. A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say...*, cit., 403. Simile rilievo trova, nell'ordinamento italiano, un esempio eloquente nell'evoluzione dei rapporti tra giudice costituzionale italiano e Corte di giustizia, cristallizzata nella sequenza procedimentale della c.d. "doppia pregiudizialità", secondo cui il giudice comune che dubita del contrasto tra norma interna e norma del diritto dell'U.E. non deve sollevare una questione di costituzionalità (per violazione dell'art. 11 o, oggi, dell'art. 117, co. 1, Cost.), bensì deve prima sciogliere il dubbio sulla diretta applicabilità della norma U.E., eventualmente ricorrendo preliminarmente alla Corte di giustizia e solo in seconda battuta alla Corte costituzionale.

Il presente lavoro si inquadra entro simili tendenze alla decostruzione dell'autoapplicabilità. Esso ha, tuttavia, l'ambizione (o la pretesa) di evidenziare il rischio che si corre quando la decostruzione viene portata all'estremo, fino a paventare il totale abbandono di tecniche quali gli effetti diretti delle norme del diritto dell'Unione, la cedevolezza delle norme statali di dettaglio rispetto a quelle regionali successive, la diretta applicazione della Costituzione da parte dei giudici, ecc. Per comprenderlo, occorre anticipare le due linee principali attraverso le quali si ritiene di poter decostruire il concetto dell'autoapplicabilità delle norme: la sanzionabilità dell'inerzia del potere politico-legislativo; la garanzia dei diritti fondamentali e/o inviolabili.

Accennando a ciò che verrà approfondito nei Capitoli II e III, un profilo unificante è dato dalla possibile ricostruzione dell'autoapplicabilità in termini formali: il concetto sottintende un uso delle norme di scopo (o di principio, o comunque bisognose di implementazione legislativa) in termini "sanzionatori-acceleratori" da parte dei giudici e delle corti "apicali" (Corte costituzionale, Corte di giustizia, Corte EDU). Si tratta di una logica rimediale la quale parte dalla constatazione della vigenza di una norma (non di un mero impegno politico), la cui sanzione appare contraddittoriamente rimessa allo stesso soggetto obbligato. Il che vale ad accomunare i fenomeni del primo gruppo (come la diretta applicabilità ai casi della vita di norme costituzionali o comunitarie) ai

nale (invocando le norme U.E. non direttamente applicabili come parametro interposto di costituzionalità: cfr. C. cost. nn. 113/1985; 168/1991; 244/1994; 536/1995; 249/2001, ecc.). Il che, oltre a evitare conflitti di giudicato tra Corte costituzionale e Corte di giustizia (la prima Corte lasciando la precedenza alla seconda), costituisce un efficace schermo "tecnico" a questioni sostanziali (la trasformazione di conflitti di "valore" tra norme interne e norme comunitarie in mera questione "tecnica", se la norma U.E. rivesta o meno natura autoapplicativa: cfr. M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 222 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 ss.; J. WEILER, M. CARTABIA, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2000, 194 ss.). Il fenomeno è ancora più chiaramente percepibile guardando al differente approccio che la Corte costituzionale ha adottato per la CEDU (a partire dalle note sentt. nn. 348 e 349/2007 sui vincoli per il legislatore derivanti dagli obblighi CEDU, *ex art. 117, co. 1, Cost.*), ove la Corte ha escluso l'autoapplicabilità della CEDU (ossia, il potere dei giudici comuni di disapplicare le norme di legge con essa contrastanti) e accentrato il sindacato sugli eventuali contrasti tra legge e Convenzione, proprio per vagliare se dietro tali contrasti non si celi un conflitto tra CEDU e norme costituzionali. Cfr. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *www.forum-costituzionale.it*. Critico sulla ricomponibilità dei contrasti tra Costituzione, da un lato, CEDU e diritto dell'UE, dall'altro, è M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1664 ss.

più significativi del secondo (come la legittimità di norme statali di dettaglio attuative di principi fondamentali in materie regionali, per ovviare al rischio dell'inerzia regionale, o come la legittimità di una moderata manipolatività dei quesiti referendari, per ovviare al rischio dell'inerzia del legislatore in caso di abrogazioni "di principio")⁴⁶.

In entrambi i gruppi di casi, infatti, le Corti "apicali" (o "arbitrali", secondo quanto si è accennato e meglio si approfondirà) ricorrono ad argomenti di natura *rimediale* (se si vuole *congiunturale*), riassumibili nella sanzionabilità dell'inosservanza della norma di principio da parte del potere politico. Si tratta di argomenti che incorporano un giudizio (spesso esplicito, a volte implicito) circa l'inadeguatezza dei rimedi offerti dall'ordinamento nel caso di mancata implementazione politica dei principi⁴⁷.

Un secondo profilo tendenzialmente unificante è quello dell'autoapplicabilità quale dato intrinseco ai diritti fondamentali e/o inviolabili della persona. Come si cercherà di approfondire nel capitolo II, trasversale a molti (se non tutti) gli ambiti del primo gruppo e ad alcuni del secondo è l'idea guida secondo cui determinati diritti (almeno nel loro contenuto minimo) non possono essere abbandonati al rischio d'inerzia del potere politico che ometta di implementarli. Per citare un noto passo della Corte di Giustizia, «nello stesso modo in cui (la Comunità) impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi», diritti che «rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta» qualora l'unico rimedio a una violazione di una norma autoapplicativa del Trattato fosse la procedura d'infrazione⁴⁸. In un contesto affatto diverso (responsabilità extracontrattuale anche per danni non patrimoniali), la nostra Corte costituzionale ha affermato che la limitazione della tutela risarcitoria da parte del legislatore «non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali», posto che il rifiuto della «tutela ri-

⁴⁶ Sulle abrogazioni referendarie meramente "di principio", cfr. le riflessioni di Modugno riportate sopra, nt. 4.

⁴⁷ Rinviando all'analisi del capitolo II, si pensi, fin d'ora, all'inadeguatezza di una mera sanzione formale alla mancata attuazione di norme costituzionali sui diritti, come mostrato dalle c.d. "sentenze monito" della Corte costituzionale, poi sostituite da più o meno penetranti sentenze "additive"; ovvero all'inadeguatezza delle sanzioni ipotizzabili contro l'eventuale inerzia del legislatore regionale chiamato ad attuare le c.d. "leggi cornice"; ovvero all'inadeguatezza delle sanzioni ipotizzabili contro l'eventuale inerzia del legislatore statale chiamato a implementare il "principio abrogativo" sotteso a un quesito referendario; ancora all'inadeguatezza delle sanzioni previste dall'ordinamento dell'Unione europea contro l'inattuazione (o violazione) di norme dei trattati o delle direttive da parte degli Stati membri; infine all'inadeguatezza della sanzione offerta dal sistema CEDU, in caso di perdurante o ripetuta violazione di norme della Convenzione da parte di uno Stato membro.

⁴⁸ Corte di giustizia, sent. *Van Gend & Loos*, causa 26/62 del 5 febbraio 1963.

sarcitoria (minima) a seguito della violazione del diritto costituzionalmente dichiarato fondamentale» equivarrebbe a carenza di tutela, con il che «il legislatore ordinario rimarrebbe arbitro dell'effettività della... dichiarazione costituzionale»⁴⁹.

Venendo ad alcuni ambiti del secondo gruppo, la Corte costituzionale ha giustificato interventi pervasivi dello Stato nell'autonomia legislativa regionale invocando la necessaria tutela (immediata) dei diritti. E l'impostazione sembra in qualche modo ricalcata dalla stessa riforma costituzionale del 2001, laddove si introduce il concetto di "livelli essenziali delle prestazioni" inerenti i diritti civili e sociali (art. 117, co. 2, lett. *m*). Specularmente, nell'ambito del referendum abrogativo l'invocazione della tutela minima dei diritti inviolabili ha (specie di recente) giocato un ruolo nell'escludere l'ammissibilità di determinati quesiti abrogativi. Ma, come si cercherà di evidenziare, anche una tollerata manipolatività dei quesiti può leggersi quale strumento per continuare a garantire la perdurante operatività di determinati diritti (quali possono essere, ad. es., il diritto alle elezioni).

A questo punto, torniamo al paventato rischio dell'eccesso di decostruzione dello strumento dell'autoapplicabilità. Per comprendere in cosa consista simile rischio, potremmo schematizzare l'evoluzione delle dottrine dell'autoapplicabilità in tre fasi. In una fase "zero", o preistorica dell'autoapplicabilità, il dato formale è prevalente e si appunta sul discutibile criterio letterale: il destinatario delle norme è il legislatore, non il giudice, per cui non si pone neppure il problema di darvi immediata applicazione. Nella successiva fase ("fase uno"), la logica sanzionatoria tende (per vari motivi) ad imporsi, includendo anche il giudice tra i destinatari delle norme "apicali", i quali ricorrono a tecniche differenti ma tendenzialmente qualificabili come "innesti" tra materiali normativi apparentemente non comunicanti. L'argomento della tutela dei diritti individuali è ciò che, dal punto di vista sostanziale, supporta la logica "sanzionatoria" (fase "due"). Da qui sorge, però, l'ulteriore esigenza che l'autoapplicabilità non sia un modo surrettizio per instaurare una sorta di gerarchia tra diritti (rischio della "tirannia" di singoli diritti – come le libertà economiche dell'ordinamento U.E. – dotati di autoapplicabilità, a scapito di altri, per i quali appare imprescindibile l'intervento del legislatore), introducendosi un'istanza di bilanciamento tra diritti che, in qualche modo, rende scoperta la politicità dell'operazione (fase "tre"). Se, allora, l'autoapplicabilità finisce per incorporare dei bilanciamenti, tutto sommato il soggetto più adeguato al loro compimento è il legislatore de-

⁴⁹ C. cost. 184/1986, punto 19. Sul tema, cfr. *infra*, Cap. III, § 4.1.

mocratico e non il giudice, tornandosi così al punto di partenza (“fase zero” dell’autoapplicabilità). Una fase in cui il giudice rischia però di venire anacronisticamente ridotto a ruoli meramente ancillari del potere politico⁵⁰. Mentre, al contrario, l’autoapplicabilità delle norme, nelle sue varie declinazioni, vale proprio a fornire uno strumento equilibratore dei poteri e degli interessi in gioco, come si cercherà di dimostrare specialmente nell’ultimo capitolo.

4. *Scopo della ricerca*

Dall’innesto dei due profili sopra accennati (quello formale, costituito dall’autoapplicabilità come rimedio all’inerzia e all’ineffettività di sanzioni alternative, quello sostanziale offerto dal nesso tra autoapplicabilità e diritti individuali) sembra profilarsi l’obiettivo cui potrebbe mirare una trattazione trasversale dei fenomeni dell’autoapplicabilità. Avvicinare fenomeni come le decisioni manipolative della Corte volte ad aggiungere norme che strumentino diritti costituzionali in assenza di intervento legislativo, a fenomeni come le tecniche di sindacato costituzionale in materia regionale, volte a tollerare implementazioni cedevoli di principi svolte direttamente dal legislatore statale *al posto* di quello regionale, può costituire uno strumento di legittimazione per la c.d. “creatività” dei giudici nell’applicazione dei principi costituzionali (ovvero del diritto europeo, internazionale, ecc.). Come dire, dal gruppo di fenomeni ove la Corte costituzionale solitamente mostra un *elevato* grado di tolleranza per gli sconfinamenti (autoapplicabilità come regola di riparto competenziale), si può (e si deve) ricavare una lezione per il primo gruppo (autoapplicabilità come regola interpretativa), al fine di tollerare anche sconfinamenti del potere giudiziario (ma anche della stessa Corte costituzionale, della Corte di giustizia, della Corte EDU), posto che anche nel primo gruppo di fenomeni dell’autoapplicabilità si operano manipolazioni “precarie”, “cedevoli”, al fine di strumentare immediatamente dei diritti individuali parti-

⁵⁰ Nel sollevare conflitto d’attribuzioni contro la Cassazione nel noto caso “Englaro” (dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale con l’ord. n. 334/2008), la Camera dei deputati ha, tra l’altro, posto in dubbio l’ipotesi che «i principi costituzionali siano suscettibili di applicazione diretta in sede giudiziaria», rilevando criticamente che il giudice avrebbe indebitamente anticipato l’operato del Parlamento, impegnato a discutere le proposte di legge sulle disposizioni di fine vita, per concludere che i principi costituzionali sarebbero direttamente applicabili solo in presenza di un «contenuto precettivo univoco e autosufficiente»: cfr. R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009/1, 91 ss.; T. GROPPI, *Il “caso Englaro”: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *www.forumcostituzionale.it*.

colarmente qualificati, senza che ciò annulli il potere di intervenire con una diversa disciplina legislativa in materia⁵¹.

Non è quello appena illustrato lo scopo del libro. Finalità della presente ricerca non è, infatti, accreditare una sorta di *favor* per l'autoapplicabilità delle norme (e per l'uso "creativo" dei principi da parte dei giudici), ricorrendo al parallelismo tra ambiti del primo e del secondo gruppo. Gli ambiti dell'autoapplicabilità vengono piuttosto accostati a scopo analitico e con bassa pretesa di ricostruzioni orientate in senso prescrittivo.

Tema di fondo è la continua tensione tra giudizio quale strumento di tutela dei diritti individuali e giudizio quale luogo di definizione di sfere competenziali.

Con estrema schematizzazione, la garanzia dei diritti sembra viaggiare attraverso un circuito inverso rispetto a quello competenziale. Nel primo ambito di fattispecie dell'autoapplicabilità, i diritti esigono una tutela concreta, secondo le mutevoli esigenze del caso. La cooperazione tra il giudice *del caso* e il giudice *dei principi*, istituzionalizzata attraverso l'incidente di costituzionalità o la pregiudiziale comunitaria, è una fondamentale valvola regolatrice (acceleratrice o moderatrice) dell'autoapplicabilità dei diritti. A tale esigenza di immediata tutela dei diritti si oppone, però, la controindicazione del corretto rapporto tra poteri (specie tra potere giudiziario e potere politico), messo in discussione dalla generalizzabilità del caso stesso (ossia le conseguenze di scala che la sua definizione giudiziaria potrebbe comportare, specie per la finanza pubblica quando sono coinvolti diritti di prestazione, ovvero quando, più in generale, la soluzione "efficiente" passi per la manipolazione della legislazione previgente, ecc.)⁵².

⁵¹ Cfr. C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. RUGGERI (cur.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 539 (su cui, tuttavia, cfr. i rilievi di A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 1/2007, 6).

⁵² Sui rischi di svalutazione del testo normativo indotti dall'obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme: cfr. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, *passim*. Il problema si pone anche per il diritto dell'UE: cfr. M. KLAMERT, *Judicial Implementation of Directives and Anticipatory Indirect Effect: Connecting the Dots*, in *CMLR*, 2006, 1251 ss. La nota tecnica della delega bilanciamento in concreto (su cui R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 89 ss. e 120 ss.), ispirata alla migliore tutela dei diritti, rende però friabili le classificazioni normative rigide, intaccando con ciò la certezza del diritto e ponendo problemi sul versante della riserva di legge (la quale dovrebbe dirigersi anche verso l'attività giurisdizionale: L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990, 5). La diretta efficacia delle direttive dell'UE non attuate (chiaramente ispirata dall'esigenza di tutela dei diritti) altera il quadro delle competenze e la riserva al potere politico degli Stati membri di scegliere i mezzi per l'attuazione delle direttive stesse. Specularmente, la negazione di effetti diretti "orizzontali" (cioè, nei rapporti interpretati) alle direttive inattuate è opzione seguita

Nel secondo ambito (sia pure nella limitata analisi del diritto regionale e del referendum abrogativo), emerge in primo luogo l'esigenza di garantire il corretto assetto tra poteri (divieto di norme autoapplicative da parte dello Stato o di manipolazioni eccessive da parte del quesito referendario), ma a ciò si contrappone l'esigenza della tutela indefettibile di quei diritti che rischiano di essere travolti da una pronuncia della Corte costituzionale sulla competenza⁵³. Proprio guardando a tale secondo ambito, vengono in luce interessanti connessioni tra giudizio sulle competenze e giudizio sulla tutela dei diritti. Anticipando quanto si dirà più avanti, può rilevarsi che, quando la Corte costituzionale accredita certe prestazioni come *diritti fondamentali* al limitato fine di risolvere questioni competenziali (ad es., la mediazione culturale a favore degli immigrati nella scuola pubblica, precariamente disciplinata da norme di legge statale, pur spettando la competenza alle Regioni)⁵⁴, vengono messi in circolo argomenti potenzialmente a favore dell'azionabilità in giudizio di simili posizioni di vantaggio, con una ricaduta sulle fattispecie dell'autoapplicabilità relative al primo ambito⁵⁵. Specularmente, quando la Corte costituzionale ammette l'autoapplicabilità di certi diritti costituzionalmente fondati (come quelli che può vantare il figlio nato da fecondazione eterologa nei confronti del "presunto padre", ossia del marito della donna ricorsa alla fecondazione eterologa)⁵⁶, l'argomento inevitabilmente sconfinava nel secondo ambito (quello "competenziale"), fissando dei vincoli al giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo dell'intera legge sulla fecondazione assistita⁵⁷.

dalla Corte di giustizia proprio al fine di garantire un corretto riparto di poteri normativi tra UE e Stati membri (cfr. *infra*, Cap. II, § 5). Non diverso è lo schema seguito dalla Corte di giustizia con riguardo agli effetti diretti degli Accordi OMC, negati in ossequio al necessario spazio di manovra da garantire al potere politico nella gestione delle controversie OMC, con ciò producendosi, però, non trascurabili ricadute sulle posizioni dei singoli colpiti dalle sanzioni economiche OMC (cfr. *infra*, Cap. IV, §§ 1.3 e 1.4).

⁵³ Per il diritto regionale, ad es., si vedano i casi del diritto all'istruzione, agli asili nido, ecc., la cui disciplina è stata fissata dallo Stato, alterando le competenze costituzionalmente fissate (cfr. *infra*, Cap. III, §§ 2.4 e 2.5). Per il referendum abrogativo, si vedano i casi del diritto a svolgere le elezioni, a una procedura abortiva pubblica, alla bilanciata tutela di madre e concepito, ecc., la cui disciplina legislativa finisce per essere sottratta al potere referendario (cfr. *infra*, Cap. III, § 3).

⁵⁴ Cfr. C. cost. n. 50/2008, su cui *infra*, Cap. III, §§ 2.4 e 2.5.

⁵⁵ Proseguendo nell'esempio: dopo la precaria efficacia della norma statale per le erogazioni relative alla mediazione culturale (astrattamente qualificata come "diritto fondamentale"), la Regione, tornata padrona delle sue competenze, non può o non vuole erogare la medesima prestazione. Può il singolo interessato invocare in giudizio la violazione del proprio *diritto fondamentale* alla mediazione culturale necessaria per l'integrazione scolastica?

⁵⁶ C. cost. n. 347/1998, su cui cfr. *infra*, Cap. III, § 3.3.

⁵⁷ Cfr. Cap. III, § 3.3.

Una delle tendenze oggi in atto (specie nel primo gruppo di fenomeni dell'autoapplicabilità) sembra essere quella di un ritorno alla valorizzazione della volontà politica su ciò che è o non è norma autoapplicativa, offrendosi all'interprete e al giudice un modo di deresponsabilizzare se stesso dinanzi a problemi di dimensioni inedite (come può essere la portata normativa delle disposizioni dell'OMC e del vincolo derivante dalla giurisprudenza dei suoi organi para-giurisdizionali, ovvero la possibilità di risolvere mediante il ricorso a principi costituzionali temi scottanti, come il rifiuto delle cure di fine vita). Attraverso l'analisi di alcuni casi emblematici, si cercherà di evidenziare come il compito cui è chiamato l'interprete (*in primis* il giudice costituzionale, ma non solo) sia quello di costruire sistemi *bilanciati* al loro interno.

Il bilanciamento principale è quello tra *efficacia* della sanzione contro la mancata attuazione di determinati atti normativi e *legittimità* dei contenuti di tali atti, per cui, tanto più si va verso l'efficacia di un atto normativo (o di un complessivo "sistema" normativo, come può essere quello della CEDU o dell'OMC), tanto più cresce l'esigenza di legittimazione di quell'atto e/o di quel sistema (se si tratti di un sistema, a sua volta, "bilanciato", in cui non si dia un aprioristico vantaggio a certi beni a scapito di altri)⁵⁸. Esiste, poi, una versione simmetrica a un simile schema: tanto più si neutralizza l'autoapplicabilità di un atto, tanto più emergono costi (in termini di diritti o aspettative legittime non tutelate) che tendono a porre in crisi la legittimità di un determinato assetto di beni e/o interessi (di quell'assetto, cioè, che si regge proprio sulla mancata attuazione di alcune norme di garanzia di diritti)⁵⁹.

L'esperienza maturata in alcuni ambiti sta a dirci che dietro l'autoapplicabilità delle norme si celano equilibri settoriali raggiunti a seguito di complicati intrecci di poteri, non riducibili al gioco a somma zero per cui tutto ciò che si acquista in favore di un potere dichiarando l'autoapplicabilità di un atto o di sue norme (il potere giudiziario) si sottrae a danno di un altro potere (il potere politico). Il limitato scopo cui ambisce una ricerca trasversale sull'autoapplicabilità delle norme è, in ultima istanza, questo: scongiurare la tentazione di approcci semplicistici, come possono essere quelli insiti nel volontarismo delle "presunzioni" di non autoapplicabilità di determinati atti normativi (secondo lo schema

⁵⁸ Cfr. A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, 404, secondo cui gli effetti diretti di atti o norme internazionali (come l'OMC) rischiano di aggravare i contrasti con il diritto costituzionale e di essere anche d'ostacolo a procedimenti di produzione normativa internazionale.

⁵⁹ Cfr. il già citato caso *Fiamm & Fedon* della Corte di giustizia, su cui si tornerà al Cap. IV, § 1.3.

già accennato del destinatario formale dell'atto)⁶⁰ o quelli tendenti a risolvere le questioni ricorrendo a (più o meno aggiornate) versioni della separazione dei poteri. Se è vero che la dichiarazione di autoapplicabilità comporta una “*allocation of power*”, secondo impostazioni care alla letteratura statunitense⁶¹, non è ricorrendo a un'aprioristica distinzione tra ciò che può il giudice e ciò che può il potere politico che le cose si lasciano analizzare e risolvere⁶².

⁶⁰ Su cui cfr., in particolare, il Cap. II, § 4.

⁶¹ Cfr. C.M. VAZQUEZ, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1995, 696, 715.

⁶² Cfr., sempre nella letteratura statunitense, M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008, in cui si svolge un'acuta decostruzione della c.d. “State action doctrine” della Corte Suprema (cioè della dottrina per cui i diritti costituzionali possono essere direttamente invocati solo nei confronti dei poteri pubblici e non degli altri soggetti privati). Tale dottrina della Corte Suprema viene criticata a partire dal preconcetto che la cultura giuridica nordamericana ha della natura “forte” del sindacato di costituzionalità (di cui si teme la pervasività nei confronti dell'autonomia privata), mentre la comparazione con la giustizia costituzionale *anche europea* dimostrerebbe la concepibilità di differenti metodi di sindacato costituzionale, apparentemente più deboli (perché non hanno la pretesa di sostituirsi alla scelta politica, ma semplicemente di integrarla attraverso sindacati di ragionevolezza), in grado però di coprire anche le zone franche del giudizio di costituzionalità (in cui l'autonomia privata vale quale barriera alla *Drittwirkung* dei diritti costituzionali e all'intervento giudiziario). L'Autore mostra come l'impostazione criticata sia debitrice di una falsa comprensione del ruolo del potere giudiziario, chiamato ad astenersi da decisioni dalla portata “redistributiva” (quali quelle volte a equilibrare posizioni interpretate), per ipotesi spettanti al potere politico dotato di legittimazione democratica. Tuttavia, proprio la qualità di tale legittimazione democratica è messa in discussione dalla sperequazione sociale esistente tra privati, sperequazione capace di limitare l'accesso alla vita democratica dei singoli altrettanto quanto possa fare un provvedimento delle autorità pubbliche limitativo, ad es., della libertà di manifestazione del pensiero (cfr. M. TUSHNET, *op. cit.*, 190 ss.).

CAPITOLO SECONDO

AUTOAPPLICABILITÀ E SANZIONE DELL'INERZIA

SOMMARIO: 1. Alcune costanti del fenomeno: 1.1. Atto, disposizione o norma? – 1.2. Dalla forma alla sostanza, dalla *voluntas auctoris* alla *ratio iuris*. – 1.3. (*Segue*) L'autoapplicabilità come processo di innesto tra disposizioni. – 2. Modelli di autoapplicabilità: 2.1. Non è solo “buona volontà” del giudice: gli elementi strutturanti l'autoapplicabilità. – 2.2. Un'autoapplicabilità “di sistema”? Il ruolo del canale di comunicazione tra giudici del caso e giudice “dei principi”. – 2.3. Le peculiarità dell'autoapplicabilità nel diritto regionale. – 2.4. Le peculiarità dell'autoapplicabilità nel referendum abrogativo. – 3. Vigenza, efficacia, sanzione: 3.1. La distinzione dei piani dell'efficacia delle norme e dei “livelli sanzionatori”. – 3.2. Distinzione tra “livelli sanzionatori” e (pretesa) separazione tra uso “parametrico” e uso “diretto” delle norme. – 3.3. Una comune ratio sanzionatoria? – 3.4. (*Segue*) Il caso della legge delega: un'eccezione che conferma la regola? – 4. La diversa logica ricostruttiva delle “presunzioni”. – 5. Conclusioni (parziali): sanzionabilità dell'inerzia e diritti individuali.

1. *Alcune costanti del fenomeno*

1.1. *Atto, disposizione o norma?*

Qual è l'oggetto cui può predicarsi la “qualità” dell'autoapplicabilità? L'atto normativo, le sue disposizioni o le norme da queste ultime prodotte? Seguendo lo schema apprestato dal diritto comunitario, il fenomeno dell'autoapplicabilità sembra presentarsi a tutti e tre i livelli, ponendo formalmente essere predicato rispetto agli atti¹, rispetto alle disposizioni², rispetto alle norme³.

¹ Come fa l'art. 249 TCE (attuale art. 288 TFUE) rispetto ai Regolamenti, mentre, *a contrario*, per le direttive si parla appunto di vincolo soltanto per gli Stati destinatari, escludendo apparentemente la autoapplicabilità dei contenuti prescrittivi dell'*intero atto*.

² Disposizioni che, a prescindere dalla loro interpretazione, appaiono come insuscettibili di un qualsiasi utilizzo giurisprudenziale, come quelle che impongono l'istituzione di un organo o un ente.

³ Disposizioni dettagliate contenute nelle direttive dell'Unione europea che produrrebbero norme autoapplicative nei rapporti c.d. “verticali” (diritti individuali rivendicati contro lo Stato), non autoapplicative in quelli c.d. “orizzontali” (diritti rivendicati contro altri pri-

Senza addentrarci, per ora, nelle distinzioni teoriche⁴, può già rilevarsi come molti dei punti della mappatura svolta nel Capitolo I (§ 2) siano accomunati dal graduale passaggio dal livello “esterno” (l’atto) a quello più “interno” (la norma).

Per la Costituzione italiana, possiamo confrontare le prime tesi volte a qualificare la Costituzione come *atto* peculiare, non riconducibile agli altri atti normativi e dunque non utilizzabile dai giudici comuni ai fini di un confronto sostanziale con le norme legislative, *a prescindere* dai suoi diversificati contenuti, con quelle di segno opposto inaugurate da Crisafulli (le norme costituzionali equiparate alle altre norme giuridiche, specie ai principi generali, la cui applicabilità immediata va testata caso per caso)⁵. Per le materie di competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni, v’è il dato *ambiguo* ma *significativo* della legge “Scelba” che – forzando la categoria dell’abrogazione⁶ – appunta sulle leggi “cornice” statali (sull’*atto*, in quanto *contentitore*) la qualità dell’autoapplicabilità (laddove impone ai giudici di dichiarare abrogate le leggi regionali prevalenti non tempestivamente adeguate ai nuovi principi statali: art. 10, l. n. 62/1953), e ciò proprio in una fase del tutto embrionale dei rapporti Stato-Regioni⁷. Specularmente, la disciplina vigente nel Trentino-A. Adige appunta sull’atto (legge statale) la caratteristica opposta della

vati), potendosi nel secondo caso al più ricorrere all’interpretazione conforme di preesistenti norme statali.

⁴ Come la fondamentale distinzione, per il diritto dell’Unione, tra “immediata applicabilità” dell’atto (regolamento, distinto dalla direttiva) e autoapplicabilità eventuale dei suoi contenuti: F. SORRENTINO, *La rilevanza delle fonti comunitarie nell’ordinamento italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 449.

⁵ Cfr. l’excursus svolto di recente da S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., spec. 67 ss. L’opera di Crisafulli è, ovviamente, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit. Significativo come lo stesso Crisafulli, con riferimento alla portata normativa dell’art. 4, co. 2, Cost., facesse autocritica del suo precedente approccio aprioristico (secondo cui la disposizione in questione corrispondeva a una «affermazione di carattere etico-politico»): ivi, 36, nt. s.n.

⁶ Cfr. S. BARTOLE, *Il limite dei principi fondamentali*, in *Studi in onore di A. Amorth*, II, Milano 1982, 71 s.

⁷ Interessante notare come il problema si sia riaperto dopo la modifica costituzionale del Titolo V, con l’iniziativa della Regione Veneto di ricorrere per conflitto d’attribuzione contro il giudice amministrativo che aveva ritenuto abrogata una legge regionale per sopravvento della legge statale (in materia di competenza concorrente). La Regione contestava il potere del giudice di dichiarare l’abrogazione non in generale, ma «in relazione... al particolare rapporto tra fonti statali e regionali e al loro succedersi nel tempo nella fattispecie in oggetto». La Corte ha ritenuto l’inammissibilità dei ricorsi, in quanto volti impropriamente a sindacare eventuali errori *in iudicando*, senza pronunciarsi sulla perdurante validità della legge “Scelba” (art. 10, l. 62/1953): sentt. 222 e 223/2007, su cui cfr. F. CORVAJA, *Abrogazione di legge regionale a mezzo di regolamento statale e conflitto di attribuzioni*, in *Regioni*, 2007/6, 1057 ss.

“non-autoapplicabilità”, laddove esclude il ricorso all’abrogazione delle leggi provinciali previgenti da parte dell’interprete-applicatore⁸.

Per il diritto comunitario (e poi dell’UE), si è passati dal dato formale del vecchio art. 189 Tr. Cee (autoapplicabilità predicata *a priori* per tipologie di *atti*, contrapponendo il Trattato, anche nella nuova formulazione dell’art. 288 TFUE, l’immediata applicabilità dei regolamenti alle direttive)⁹ alla prassi delle direttive c.d. *self-executing* e dei regolamenti non autosufficienti¹⁰, per giungere, infine, a quella incerta categoria degli *effetti indiretti* che possono essere ricondotti (non solo ad atti estrinsecamente non autoapplicativi, come le direttive, ma) a disposizioni formalmente prive dei c.d. “effetti diretti”¹¹.

Per i trattati internazionali, può farsi riferimento alla contrapposizione tra le dottrine “classiche”, per cui l’ordine d’esecuzione (concepito in riferimento alla totalità del trattato) non può produrre efficacia nei confronti di trattati privi di natura *self-executing*, e la prassi giurisprudenziale che invece (progressivamente e sulla scorta delle sollecitazioni dei casi) tende a distinguere all’interno di ogni trattato tra disposizioni *self-executing* e non¹².

⁸ Cfr. *infra*.

⁹ Corte di Giustizia, sent. 6 ottobre 1970, C-9/70, *Grad*: «se è vero che i regolamenti, in forza dell’art. 189, sono direttamente applicabili e quindi *atti*, per natura, a produrre effetti diretti...» (corsivi aggiunti).

¹⁰ R. LUZZATTO, *op. ult. cit.*, 30 ss.; A. D’ATENA, *Le Regioni italiane e la CEE*, Milano 1981, 96 s.; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 117 ss. e 127 s.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V ed., Padova 2008, 177 s.

¹¹ Prive, cioè, del requisito del riconoscimento di diritti ai singoli (dunque, sfornite in principio di “effetti diretti”) e tuttavia capaci comunque di essere invocate dai singoli dinanzi ai giudici, in contesti particolari nei quali la loro vincolatività risulti non limitata al piano “intergovernativo”, bensì estensibile anche su quello interno/intersoggettivo: paradigmatici i casi *CIA Security International* (sent. 30 aprile 1996, C-194/94) e *Unilever* (sent. 26 settembre 2000, C-443/98), in cui la Corte di Giustizia ha ritenuto invocabile, da parte del singolo nel corso di un giudizio, la violazione dell’obbligo di notifica alla Commissione (direttiva 83/189/CEE) delle norme tecniche che gli Stati intendono adottare quali requisiti di commercializzazione di certe merci (cfr. S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano 2002, 183 e 189 s.). Tale obbligo costituisce una prescrizione in sé priva di effetti diretti (*disposizione non autoapplicativa*, nella ricostruzione da me proposta), che tuttavia, calata in certe situazioni nazionali e interindividuali, può dar luogo a una norma “di risulta” con cui il giudice è tenuto a risolvere la causa (*norma autoapplicativa*, derivata da disposizione formalmente non autoapplicativa innestata nell’ordinamento interno).

¹² L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, cit., 98 ss., 102 ss.; ma vedi anche le teorie che (prescindendo dal ruolo dell’ordine di esecuzione), predicano la natura non *self-executing* per l’intero trattato, argomentando a partire dall’esistenza di procedure interstatuali *ad hoc* per la risoluzione delle controversie sul trattato, ovvero a partire dalla volontà delle Parti di riconoscere o meno diritti individuali (criticate da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 314 s., e Y. IWASAWA, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the*

Per la legge delega (art. 76 Cost.), noto è il passaggio dalla sua considerazione come atto meramente formale (dunque “non-autoapplicativo”), ad atto cui *non è preclusa* la produzione di norme autoapplicabili¹³. Se, però, il superamento della concezione della delega come legge meramente formale, vincolante il solo Governo, costituisce ormai una “vulgata”, illustrata senza problematicità¹⁴, i nodi da sciogliere sembrano ancora sussistere. Resta, tra l’altro, il problema del passaggio da disposizioni *formalmente* non autoapplicative (perché inserite nel titolo “principi direttivi”) a norme autoapplicative (ossia della possibilità per il giudice comune di fare ricorso a quelle disposizioni, anche in caso di deleghe scadute e inattuato in tutto o in parte)¹⁵.

Prima di passare ai due ambiti “problematici” delle sentenze additive di principio della Corte costituzionale e dei referendum manipolativi, vale la pena di accennare al fatto che una simile evoluzione si è avuta anche nell’ambito della pianificazione urbanistica, laddove la giurisprudenza ha superato la presunzione per cui un piano regolatore generale,

United States, cit., 646 ss.). Cfr. anche J. PAUWELYN, *The Nature of WTO Obligations*, Jean Monnet Working Paper 1/02, 12, secondo cui la distinzione tra trattati multilaterali di tipo “integrale” (in materia di diritti umani, ad es., ove non è ammessa l’eccezione “*inadimplenti non est adimplendum*”, posto che non si tratta di interessi dei singoli Stati-persona) e di tipo bilaterale/reciproco (come l’OMC, o la Convenzione di Vienna sulle immunità diplomatiche, dove quell’eccezione è ammessa, trattandosi di un insieme di vincoli bilaterali a tutela dei soli interessi internazionali degli Stati-persona), in realtà non può predicarsi per l’intero trattato, piuttosto per le singole disposizioni di questo. Cfr. anche J. PAUWELYN, *Optimal Protection of International Law*, cit., 139 (in specifico riferimento a diverse tipologie di obblighi interni agli accordi OMC).

¹³ Cfr. per le tesi sulla natura “formale”: E. TOSATO, *Le leggi di delegazione*, Padova 1931, 91; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1979, 306 (che tuttavia già sottolinea l’esigenza di un’indagine caso per caso, laddove la delega sia inserita in leggi più complesse, dotate anche di disposizioni autoapplicative: *ibidem*, 312); *contra*: A. CERRI, *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, 1993, 10; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 212. Nota è l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, in tema di impugnabilità in via diretta, da parte delle Regioni, di leggi-delega statali non ancora attuate: dall’esclusione iniziale (C. cost., sentt. n. 111/1972, n. 91/1974), si è passati all’ammissibilità (sent. n. 224/1990). Nel diverso ambito del giudizio sulla “abrogazione sufficiente”, ai fini della cessazione delle operazioni referendarie (art. 39, l. 352/1970), è stato rilevato il passaggio da una concezione “formalistica” della delega legislativa, le cui norme sarebbero incapaci di innovare l’ordinamento prima e a prescindere dalla vigenza del successivo decreto legislativo (ord. 16 marzo 1993 dell’Ufficio centrale, in *Giur. it.*, 1994, I, 166), a una concezione “sostanzialistica”, secondo cui, dall’analisi caso per caso degli specifici contenuti della delega, può rilevarsi l’autonoma capacità di quest’ultima ad abrogare la disciplina previgente, anche prima e indipendentemente del relativo decreto legislativo (ord. 26 maggio 1997, ined.): A. MORRONE, *La “legge vigente” e il sindacato dell’Ufficio centrale per il referendum*, in *Quad. cost.*, 1999, 337 ss.; *contra*: R. PINARDI, *L’Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione*, Milano 2000, 362.

¹⁴ A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega*, in *Enc.dir.*, Agg. VI, 2002, 700.

¹⁵ Cfr. *infra*.

non seguito dai relativi piani attuativi, debba necessariamente ritenersi non-autoapplicativo¹⁶.

Più articolato il discorso sugli “ambiti della mappatura” relativi al referendum e alle sentenze additive di principio della Corte. Partendo da queste ultime, può osservarsi come il loro modello ispiratore – le decisioni “di mera incompatibilità” del giudice di costituzionalità tedesco e austriaco – sembra appuntarsi proprio sulla natura estrinseca dell’atto (è lo stesso giudice costituzionale a stabilire univocamente che quella sentenza non possa vincolare altri che il legislatore)¹⁷. La nostra Corte costituzionale, tuttavia, ha solo inizialmente e timidamente tentato la strada del dato “estrinseco”, finendo quasi subito per ammettere che la decisione formalmente non-autoapplicativa può in realtà essere utilizzata dal giudice comune per produrre, assieme ad altre disposizioni, la norma da applicare al caso in giudizio¹⁸. Non solo, ma in parallelo con disposizioni apparentemente non autoapplicative da cui possono estrarsi norme autoapplicative, può osservarsi come da sentenze additive di principio il cui dispositivo letteralmente inteso *non può* innovare l’ordinamento giuridico, si possa invece ricavare materiale normativo capace quantomeno

¹⁶ Cfr. Cons. St. IV sez., 1 giugno 1954, n. 388, in *Foro it.*, 1954, III, 177. Sebbene, infatti, le previsioni di un PRG sono normalmente programmatiche, occorre riconoscere operatività immediata a disposizioni formulate in modo preciso e categorico, essendo discrezionale la scelta tra previsioni programmatiche o autoapplicative: Id., 19 febbraio 1982, in *Cons. St.*, 1982, I, 125 (cu cui cfr. A. Predieri in A. PREDIERI, M. CHITI, *Casa e urbanistica nella legge 25 marzo 1982 n. 94*, Milano 1982, 80 ss., critico verso l’orientamento contrario di Cons. St., IV, 3 giugno 1980, n. 622, in *Cons. St.*, 1980, I, 843, secondo cui lo strumento tipico di attuazione del PRG essendo il piano particolareggiato, nessuna delle opere previste nel PRG può avere esecuzione senza previa adozione del piano particolareggiato stesso o in contrasto con questo).

¹⁷ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 308 s.; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996, 35 ss., 59; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova 1997, 332 ss.

¹⁸ C. cost. sent. 277/1991, in cui fu dichiarata incostituzionale l’omessa equiparazione, a fini retributivi, dei gradi dei sottufficiali dei Carabinieri alle qualifiche degli ispettori della Polizia di Stato, con contestuale rinvio all’esclusiva discrezionalità legislativa per la modulazione della corrispondenza tra funzioni dei Carabinieri e degli Ispettori di Polizia, e con espresso invito ai giudici di applicare *provvisoriamente* la normativa dichiarata illegittima. L’operazione, come noto, non riuscì alla Corte, che, con successiva sent. n. 455/1993, prendeva atto del diverso avviso del Consiglio di Stato circa l’efficacia autoapplicativa della n. 277/1991: cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 82 e 175 s. La dottrina, del resto, si orientò da subito per l’immediato utilizzo da parte dei giudici comuni del principio formulato dalla Corte, nonostante l’espresso rinvio all’attuazione legislativa formulato dalla Corte: G.M. SALERNO, *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in *Giur. it.*, 1989, 778; A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giur. cost.*, 1998, 1531.

concorrere alla risoluzione di casi concreti¹⁹. Delle sentenze additive di principio, in altre parole, non è possibile dimostrare o negare *a priori* la potenziale autoapplicabilità²⁰.

Per il referendum abrogativo, è chiaro che l'autoapplicabilità può essere predicata non rispetto all'atto bensì soltanto alle norme risultanti dall'abrogazione (all'interpretazione, cioè, delle disposizioni nella loro nuova formulazione lessicale). Potrebbero tuttavia evocarsi quelle teorie che tendono ad escludere dall'abrogazione referendaria certe materie *ulteriori* rispetto a quelle dell'art. 75, Cost. (in particolare la materia elettorale), giudicando *a priori* l'impossibilità per un atto come quello referendario di determinare una normativa di risulta autoapplicativa, pena lo stravolgimento della stessa fisionomia costituzionale dell'atto (necessaria manipolatività del quesito, con trasformazione del referendum abrogativo in "*popular initiative*")²¹. In ogni caso, emerge chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale un'evoluzione (accostabile ai fenomeni sopra tratteggiati) che da un'iniziale esclusione del referendum in certe materie (atto referendario *presunto* come *non-autoapplicativo* e come tale vietato a causa del "vuoto normativo" che determinerebbe), procede verso la sua ammissione "temperata" (atto autoapplicativo, a partire dall'indagine dei suoi potenziali effetti)²².

¹⁹ Cfr. C. cost. n. 218/1994, in cui viene dichiarata illegittima la disciplina (l. 135/1990) che vieta ai datori di lavoro le indagini sulla sieropositività dei dipendenti nella parte in cui non ammette tali accertamenti sanitari «come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi». Se la decisione, per la sua indeterminatezza, non poté introdurre un *nuovo trattamento sanitario obbligatorio* (art. 32, co. 2, Cost.), essa fu però in grado di contribuire alla *costruzione della regola* volta a escludere l'eventuale responsabilità penale degli stessi datori di lavoro (e dei medici) che quegli accertamenti avessero effettuato *allo scopo di garantire la salute dei terzi* coinvolti nell'espletamento delle prestazioni dei propri dipendenti (Pretura pen. di Torino, 15 febbraio 1996, in *D & L - Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 1052 ss.; Cass., sez. III pen., 8 gennaio 1998, n. 43 in *Mass. giur. lav.*, 1998, 321; cfr. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3443 s.).

²⁰ G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 198 s.; E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua 'diffusione'*, Torino 2002, 217 ss.

²¹ Cfr. M. LUCIANI, *Articolo 75*, cit., 627 s., 640, nt. 11.

²² C. cost., sent. 29/1987 (inammissibilità dello strumento referendario rispetto a leggi – nello specifico per l'elezione del CSM – che, essendo volte a rendere operativi gli organi costituzionali, sono abrogabili soltanto «per sostituzione con una nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere», corsivi aggiunti); sent. 47/1991 (superamento della precedente motivazione e ammissione che *anche* il referendum può incidere su leggi elettorali, ricorrendo all'abrogazione "parziale" che eviti il rischio di paralisi dell'organo). In esito a simile evoluzione, si è preconizzata la *necessaria manipolatività del quesito* su leggi elettorali (S. BARTOLE, *Coerenza dei quesiti referendari e univocità della normativa di risulta*, in *Giur. cost.*, 1991, 333), previsione che si avverò nella successiva giurisprudenza co-

1.2. *Dalla forma alla sostanza, dalla voluntas auctoris alla ratio iuris*

Prima ancora di affrontare la correttezza teorica di un riferimento dell'autoapplicabilità all'atto, occorre rilevare quanto segue. Il trascorrere della autoapplicabilità *dall'atto alla norma*, come brevemente tratteggiato sopra, sembra rimandare a un'alternativa di fondo circa il modo d'intendere l'essenza del fenomeno in questione. Si tratta, cioè, di concepire l'autoapplicabilità in termini "statici" ovvero "dinamici": alla prima opzione appartengono tutti quei fenomeni interpretativi che puntano a isolare l'atto (e le sue disposizioni) dal resto dell'ordinamento, a privilegiare la "ratio legis" sulla "ratio iuris", la coerenza interna ai nessi sistemici²³; alla seconda opzione (autoapplicabilità come "processo") appartengono, invece, i fenomeni interpretativi contrari, svalutativi delle intenzioni dell'autore dell'atto e privilegianti i nessi intersistemici che insorgono tra i vari contenuti normativi a diversi livelli²⁴. Nel primo senso, l'autoapplicabilità appare più come caratteristica intrinseca, "intenzionale", dell'atto e/o delle sue singole parti²⁵, mentre nel secondo essa appare come un esito obiettivo delle operazioni "tecniche" compiute dagli interpreti-applicatori

stuzionale: sent. 32/1993 (abrogabilità di leggi elettorali purché «ne risulti una coerente normativa di risulta, immediatamente applicabile», ammettendosi a tal fine anche l'abrogazione di singole parole o frasi inautonome); sent. 5/1995 (la materia elettorale impone «una tecnica di particolare puntualità e precisione nella formulazione del quesito»).

²³ Cfr. L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 24 ss.

²⁴ Paradigmatico il caso del "seguito" giurisprudenziale alle dichiarazioni d'incostituzionalità delle Giunte provinciali amministrative (C. cost., sentt. nn. 30/1967, 33/1968, 49/1968). Con riguardo al riassorbimento delle competenze di tali organi, opposta fu la reazione di Consiglio di Stato e Cassazione: per il primo, l'*eccezionalità* delle norme vigenti ne impediva l'interpretazione analogica, così come la «chiara» volontà del legislatore impediva quella estensiva, non potendosi, infine, indurre dalle singole disposizioni pertinenti alcun «principio comune» o «generale», ai fini dell'analogia *iuris* (Cons. St., A. p., 7 marzo 1969, n. 5, in *Foro amm.*, 1969, I, 2, 163 ss., criticata da C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 179). Per la Cassazione, al contrario, il carattere eccezionale delle norme sulla competenza esclusiva in materia di pubblico impiego non impedivano di rinvenirvi una *ratio* comune (la più agevole tutela degli interessi dei cittadini, nelle fattispecie in cui diritti soggettivi e interessi legittimi sono più spesso compenetrati), *ratio* 'recepita' dallo stesso art. 103 Cost., derivandone che il Consiglio di Stato «espande ora, ai sensi dell'art. 103 Cost., la propria giurisdizione esclusiva» (Cass., S.U., 28 settembre 1968, n. 2992, in *Foro amm.*, 1969, I, 1, 72). Per la Cassazione, del resto, l'interpretazione indicata si connette al *dovere di colmare la lacuna* – creatasi con la soppressione delle Giunte provinciali – *imposto* dai precetti costituzionali che vietano una pur temporanea carenza di tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.).

²⁵ Cfr., con riguardo alla delegazione legislativa, Cass. civ., sez. trib., 15 gennaio 2004, n. 455, in *Giur. it.*, 2004, 1531: «I criteri di identificazione della normativa di delega e dei provvedimenti delegati, e di distinzione dell'una e degli altri, hanno carattere meramente formale e prescindono dal contenuto concreto dei rispettivi testi normativi: la legge delega è quella che è qualificata come tale dal Parlamento, che la ha approvata».

all'atto della risoluzione di singole controversie (o, più in generale, dell'applicazione del diritto). Semplificando: nel primo approccio, parlare di autoapplicabilità *delle norme* risulta fuorviante, in virtù della preminenza della natura formale dell'atto o della disposizione²⁶; nel secondo approccio, al contrario, solo le norme possono logicamente dirsi autoapplicative o meno, mentre il giudizio di autoapplicabilità riferito ad atti e disposizioni produce soltanto delle artificiali e improprie paralisi della capacità di ogni prescrizione normativa – per il fatto stesso della propria *vigenza e giuridicità* – di instaurare nessi sistemici²⁷.

Trasferendo il discorso sui poteri: al primo versante appartengono le teorie volte a deresponsabilizzare l'interprete-applicatore (il giudice, *in primis*) e a imputare al potere politico (all'*autore* dell'atto) la decisione circa la natura non-autoapplicativa di un atto e dei suoi contenuti; al secondo versante appartengono quelle di senso contrario, che valorizzano la responsabilità del giudice, quale destinatario di *tutti* gli atti normativi vigenti in un determinato momento, al quale è fatto divieto di scindere la vincolatività di un atto (per addossarla al solo potere politico) sulla base di elementi "volontaristici" (*intentio auctoris*), senza aver prima saggiato tutte le potenzialità normative dell'atto alla luce dei nessi sistemici con il resto dell'ordinamento²⁸.

²⁶ Come dire: è scorretto parlare di "autoapplicabilità" *delle norme*, poiché è sull'atto e poi eventualmente sulla disposizione che occorre svolgere l'indagine circa tale qualità, mentre imputarla direttamente alle norme, significa ammettere, appunto, che ciò che conta è la possibilità o meno di estrarre da atto e disposizioni quel materiale normativo, anche parziale, idoneo ad influire sulla risoluzione di una causa e/o sull'attività dei soggetti non politici chiamati all'applicazione del diritto.

²⁷ Approccio, evidentemente, debitore della nota impostazione di Tulio Ascarelli (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 351 ss., su cui cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano 1994, 118 ss.), seguendo la quale potrebbe dirsi che ogni "norma" è un prodotto di una reazione, in cui le disposizioni sono i "reagenti"; il caso concreto, la fattispecie da giudicare, è ciò che stabilisce quali "reagenti" utilizzare (anche alla luce dei principi e norme costituzionali, che, in virtù dell'"interpretazione costituzionalmente orientata", valgono a "preselezionare" ciò che può fungere da disciplina competente). Ergo, prima del caso, non esiste "norma", intesa nell'accezione di Ascarelli, bensì solo disposizioni normative interdipendenti; ma in che modo tale interdipendenza si configura non può essere stabilito *a priori*, prima del caso concreto da risolvere.

²⁸ Cfr. la significativa autocritica svolta da Crisafulli riguardo alla «poco felice differenziazione delle norme "programmatiche" (...) in base al criterio dei "destinatari" (...), (secondo la quale) i precetti "programmatici" (si dirigerebbero) nei confronti del solo legislatore»: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 19 s. Destinatari sono, invece, *tutti i soggetti pubblici* nell'esercizio di poteri discrezionali (giudici compresi, nei limiti della discrezionalità loro consentita): *ivi*, 209. Sul ruolo del giudice che tale impostazione comporta, cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 72 ss.; *Id.*, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 532 ss.

Chiaro esempio del primo orientamento è considerata, nella letteratura internazionalistica, la prima giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla natura *self-executing* dei trattati, ove la non autoapplicabilità fu fondata sulla formulazione delle disposizioni del trattato *secondo il linguaggio dei contratti*, con ciò dimostrandosi che la volontà delle Parti è quella di vincolare il *potere politico, non quello giudiziario*²⁹. Ad esso può aggiungersi l'esempio più recente costituito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli effetti meramente verticali delle direttive, in cui la Corte imputa l'operazione interpretativa alla formula utilizzata dall'art. 249 del (previgente) TCE (gli Stati quali destinatari dell'obbligo di risultato imposto dalle direttive)³⁰, cadendo in apparente contraddizione con i suoi precedenti su altre disposizioni del Trattato, ove quell'indicazione formale era stata espressamente superata³¹. Con la stessa logica volontaristica, la Corte di Giustizia ha risolto il problema delle evidenti discriminazioni cui la distinzione dà luogo (un dipendente statale può giovare delle norme di una direttiva inerente rapporti di lavoro, mentre un dipendente privato nella stessa situazione non potrebbe fare altrettanto)³², addossando simile esito discriminatorio non all'ordinamento comunitario ma alla stessa volontà dello Stato inadempiente³³.

1.3. (Segue) *L'autoapplicabilità come processo di innesto tra disposizioni*

La seconda opzione (autoapplicabilità come *processo dinamico*) si dimostra consapevole del fatto che atti e disposizioni giuridiche subi-

²⁹ *Foster v. Neilson*, 27 US (2 Pet.) 253 (1829), cit. da T. BUERGENTHAL, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in International Law*, cit., 371, il quale rileva come la vera ragione dell'orientamento della Corte Suprema era quella di non contrastare l'interpretazione del Governo di una disposizione del trattato in questione, con riferimento all'oggetto della causa, tanto che di lì a poco l'orientamento della Corte (su quella stessa disposizione) fu ribaltato.

³⁰ Formula ribadita dall'art. 288 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE), che ha sostituito l'art. 249 TCE.

³¹ Cfr., in particolare, la sent. *Marshall I*, del 26 febbraio 1986, causa 152/84. Sulle incongruenze di questa impostazione rispetto ai precedenti della Corte, cfr., tra i tanti, l'Editoriale: *Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence?*, in CMLR 2006, 1 ss. Sulle più recenti evoluzioni della giurisprudenza comunitaria in materia, cfr. sinteticamente S. LORENZON, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kucukdeveci*, in *Quad. cost.*, 2010/2, 430 ss.

³² Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 185 s.

³³ Cfr. sempre la sent. *Marshall I*, cit., in cui la Corte ribatte (all'eccezione del Governo britannico intervenuto) che simili discriminazioni non si avrebbero qualora gli Stati traspassero correttamente le direttive: cfr., criticamente, S. LORENZON, *Teoria degli effetti diretti e applicazione del diritto*, Tesi del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale XXI ciclo, Università di Ferrara, 2009, 50 s.

scono sollecitazioni tali, per opera delle istanze nascenti dalla prassi, che non ha molto senso voler univocamente fissare *a priori* un unico “verso” (più spesso nel senso della non-autoapplicabilità) ad atti o disposizioni, in base a una volontà dell’autore dell’atto. Tale volontà politica, ammesso possa dirsi univoca, non può prevedere una volta per tutte la varietà e la mutevolezza di quelle istanze³⁴. Per cui, l’alternativa più plausibile si rivela quella che, nei fatti, è inverata dalla prassi degli operatori giuridici, ossia la tecnica dell’*innesto* tra singole disposizioni di atti normativi differenti. Difatti, come nel diritto internazionale si osserva che la natura autoapplicativa di una disposizione di un trattato dipende grandemente non da sue caratteristiche intrinseche, bensì dalla capacità di positivo innesto con l’*institutional framework* nazionale³⁵, così nel diritto costituzionale si è osservato che l’immediata capacità operativa di una norma costituzionale di principio risulta spesso dipendere dalla capacità d’innestarsi con norme dell’ordinamento legislativo previgente³⁶.

Al pari dell’altro, questo secondo approccio (svalutativo della volontà dell’autore dell’atto) non è privo di ambiguità e controindicazioni, laddove esso rischia di cadere in un eccesso di “de-contestualizzazione” di una disposizione dall’atto in cui è collocata³⁷. Molto spesso, infatti, di-

³⁴ Di simile imprevedibilità, esemplare appare il caso giurisprudenziale (del lontano 1949) della devoluzione alla Regione Veneto del patrimonio di un ente morale, il cui statuto ciò disponeva. Nonostante l’inattuazione costituzionale del Titolo V e, dunque, la materiale inesistenza dell’ente regionale, il giudice risolve la questione nominando un curatore alla Regione, applicando analogicamente le disposizioni del codice civile per la figura dell’assente (diversamente il patrimonio sarebbe stato incamerato dallo Stato). A dispetto della sua apparente natura programmatica, dunque, la disposizione costituzionale sulle Regioni riceveva applicazione, quanto meno sotto il profilo dell’astratta, giuridica esistenza dell’ente: cfr. V. CRISAFULLI, *Capacità giuridica attuale o virtuale degli enti regionali*, in ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 183 ss.

³⁵ Cfr. CONDORELLI, *op. cit.*, 55 s.; G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino 1997, 400 ss.; E RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani...*, cit., 289. L’approccio sembra corrispondere a quanto di recente teorizzato da A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say...*, cit., 396 s., secondo cui il pluralismo degli ordinamenti (internazionale, dell’UE, interno) avrebbe superato la rigida dicotomia tra monismo e dualismo, il che si manifesta, sul piano operativo, mediante tecniche di “*coupling*” (innesto, appunto) da parte di autorità amministrative o giurisdizionali interne (l’A. si riferisce espressamente alle tecniche dell’effetto diretto e dell’interpretazione conforme).

³⁶ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni...*, cit., 168 s.; 413 ss.

³⁷ Cfr. quanto rilevato da J.-F. FLAUSS, *Le Droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, *Droit international, droits de l’homme et juridictions internationales*, Bruxelles 2004, 110, sull’interpretazione dei trattati, che secondo la Convenzione di Vienna dovrebbe avvenire alla stregua del loro oggetto e del loro scopo. Tuttavia i giudici, tra cui spicca la Corte di Strasburgo, applicano questa regola interpretativa a singole disposizioni del trattato, «sostituendo logiche particolari alla logica globale esclusivamente avuta di mira dal diritto internazionale generale».

sposizioni formulate in termini assolutamente equivalenti (o addirittura identici) possono assumere portata opposta se coerentemente letti alla luce della complessiva natura dell'atto e della sua *ratio*³⁸. Non solo, ma può anche darsi che l'innesto tra nuovi principi e materiale normativo previgente abbia successo *proprio* nella misura in cui ciò corrisponda a prassi "ataviche" dei giudici, anteriori alla Costituzione stessa e foriere di esiti non sempre soddisfacenti³⁹.

Tuttavia vale la pena di rilevare fin d'ora come non necessariamente il secondo approccio sia più "ideologicamente" connotato del primo, posto che solo all'apparenza esso risulta volto a patrocinare un attivismo giurisprudenziale che renda applicabili il maggior numero possibile di norme di principio. Anche nell'approccio *statico* possono darsi "ideologie" dell'autoapplicabilità, come l'esempio seguente dimostra.

³⁸ Interessante il confronto svolto tra le norme sul divieto di ostacoli all'accesso al mercato, previste sia dall'ordinamento comunitario che dal GATT, ove però soltanto nel primo ordinamento esse producono una serie di vincoli ulteriori rispetto al mero divieto di norme protezionistiche. Il che si spiega con il fatto che il vero punto di distinzione tra l'allora Comunità europea e il GATT sta nel "programma di armonizzazione" delle legislazioni nazionali degli Stati membri finalizzato alla costruzione di un mercato unico, assente invece nel GATT. E simile assenza implicherebbe che la pluralità e la frammentazione dei mercati (dovuta alla pluralità di legislazioni regolative delle produzioni industriali, ad es.) è coerente con il GATT (mentre è incompatibile con il diritto dell'UE): così J.H. WEILER, *Epilogue: Towards a Common Law of International Trade*, in ID. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford 2000, 214 s. (cfr., altresì, A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say...*, 408 s., in cui la distinzione è riferita non al vecchio GATT ma all'OMC). Simili le vicende inerenti il caso *Polydor*, (sent. del 9 febbraio 1982, causa 270/80), in cui la Corte di giustizia interpreta in modo divergente la identica disposizione sul divieto di restrizione alle importazioni del Tr. Cee e del (previgente) Accordo tra la Comunità e il Portogallo: cfr. J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenger*, in J.H.H. WEILER, *op. cit.*, 95 s.

³⁹ Si guardi a quanto avvenuto nella diretta applicabilità dell'art. 36 Cost., ove i giudici fecero fin dall'inizio ricorso alle clausole dei contratti collettivi di categoria, come l'ordinamento corporativo fascista li aveva abituati a fare (cfr. T. TREU, *Articolo 36*, cit., 76). Analogamente, l'approccio dei giudici in materia di indennizzi espropriativi, volto a ricorrere al valore di mercato del terreno e alla logica della "edificabilità di fatto" (in contrasto con la *ratio* delle leggi sulla pianificazione urbanistica e, forse, con lo stesso art. 42 Cost., per cui è la legislazione e la pianificazione a costituire il valore dell'edificabilità, non il mercato), si radicava nella legislazione liberale (e *liberista*) dell'ottocento (cfr. A.M. SANDULLI, *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1978, 74 s.). Si veda, ancora, l'orientamento seguito da alcuni giudici amministrativi in materia di autorizzazione al commercio (che la legge n. 426/1971 vorrebbe che fosse rilasciata in conformità al relativo piano già adottato), che attribuiva ai Comuni il potere di rivalutare, caso per caso e nonostante l'astratta conformità al piano, le singole istanze dei privati al fine di verificare il rispetto dell'*utilità sociale*, ex art. 41, co. 3, Cost., ossia dando "diretta applicazione" alla norma costituzionale; l'operazione valeva, tuttavia, a sottrarre i Comuni ai vincoli della pianificazione, consentendo apprezzamenti ampiamente discrezionali, «esattamente come accadeva secondo la legislazione in vigore prima della legge del 1971, anteriore alla stessa Costituzione»: M. MAGRI, *op. cit.*, 302.

Collocandosi in una polemica ormai consueta volta a opporre diritto comunitario (sordo ai diritti sociali) e Costituzione italiana, vi è stato chi ha affermato che la giurisprudenza *Francovich* della Corte di Giustizia⁴⁰ avrebbe trasformato «uno dei pochi diritti sociali incondizionati... in diritto condizionato», sul presupposto che gli artt. 36 e 38 Cost. costituirebbero dei «diritti sociali “incondizionati”, come tali direttamente azionabili, affidati anzitutto alla tutela giurisprudenziale (interna)»⁴¹. Ciò perché la Corte di giustizia si sarebbe resa colpevole di aver considerato il diritto dei lavoratori ad essere garantiti contro il rischio dell'insolvenza del loro datore un diritto *condizionato* al recepimento legislativo della direttiva CE (che simile garanzia imponeva *agli Stati*). Si tratta, ovviamente, di una lettura paradossale della giurisprudenza *Francovich*, la quale dà però assai bene il senso di come certi dati normativi (gli artt. 36 e 38 Cost.) possano venire “pietrificati”, nella loro intrinseca autoapplicabilità e nella loro indefettibile e generalizzata tutela giurisdizionale⁴². Il che, specie con riguardo all'art. 36 Cost. – frutto di un delicato equilibrio tra politica, sindacati e giudici, dagli esiti non indiscriminatamente favorevoli ai lavoratori – è piuttosto fuorviante, come meglio si vedrà⁴³.

A prescindere dai connotati più o meno neutrali dell'uno o dell'altro approccio, occorre osservare che la relativizzazione della (presunta) volontà dell'autore dell'atto normativo non esclude che le disposizioni di un atto vengano originariamente concepite per certi casi paradigmatici o per certi modelli di implementazione. Ammette, però, che di tali disposizioni possano emergere *altri* usi operativi, stante l'impossibilità di un legislatore “onnisciente”, che possa in anticipo prefigurarsi ogni possibile rilievo giuridico degli enunciati (magari di principio) che va formulando⁴⁴. Per non dire che, in certi casi, i “modelli di implementazione”

⁴⁰ Corte di giustizia, sent. *Francovich e a.*, del 19 novembre 1991, C-6 e 9/90.

⁴¹ D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003, 381 ss.

⁴² Per M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*. (A proposito della sentenza “*Francovich*” della Corte di Giustizia CE), in *Giur. cost.*, 1992, 515, l'art. 36 Cost. è sì norma immediatamente applicabile nei confronti del datore di lavoro, ma non laddove quest'ultimo versi in stato d'insolvenza, non potendo la norma costituzionale supplire all'assenza di normativa e di organizzazione statale che garantisca la retribuzione dei lavoratori. La stessa A. rilevava come i diritti sociali, nel sistema costituzionale italiano, lasciano ampia discrezionalità all'attuazione legislativa, mentre, nel diritto comunitario, una volta adottata una direttiva nella stessa materia, tale discrezionalità si riduce di molto, potendo imporre, anche contro la volontà legislativa, «elevati livelli di garanzia anche di quei diritti sociali che non sono suscettibili di avere applicazione immediata senza intermediazione del legislatore», come la tutela risarcitoria riconosciuta nella sentenza *Francovich* dimostra (ivi, 514 s.).

⁴³ Cfr. cap. III, § 4.2.

⁴⁴ Secondo quella che è stata definita «una visione “animistica” della noma giuridica»: R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione...*, cit.

prefigurati dagli autori dell'atto nascono intrinsecamente deboli e/o eccessivamente astratti⁴⁵.

Molto dipende, allora, dalla possibilità che i casi possano, per così dire, "interrogare" gli atti e le loro disposizioni "di principio", nonostante queste si dirigano formalmente ai soli poteri politico-normativi.⁴⁶

Si pensi a un trattato internazionale che ammetta il solo ricorso interstatuale, o una *debole* forma di ricorso da parte degli individui, come un tempo era la CEDU: non è un caso che, per il passato, assai inesplorate restavano le possibilità di diretta applicabilità di disposizioni della Convenzione, scarsa risultando la giurisprudenza applicativa di queste norme da parte della Corte di Strasburgo⁴⁷. Analogo discorso è stato

⁴⁵ Si veda, a titolo di esempio, l'art. 39 Cost. e l'improbabile modello sindacale ivi prefigurato dai costituenti (cfr. U. ROMAGNOLI, *Articolo 40*, cit., 292; cui *adde* L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004, 90); oppure l'art. 8 della Costituzione e la poco meditata adozione del modello delle intese con le confessioni religiose di minoranza (cfr. G. LONG, *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica"*, Bologna 1991, 32 ss.); o, ancora, l'astratto e poco funzionale modello di rapporti Stato-Regioni, cui si ispirarono i Costituenti, specie nella stesura dell'art. 117 Cost. (cfr. R. BIN, *Legge regionale*, cit., 174). Sui limiti della capacità "di progettazione" dei Costituenti e sull'approccio interpretativo della Costituzione che da tale constatazione scaturì, cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., 82 ss.

⁴⁶ In modo parzialmente analogo si presenta la questione della «rilevanza» dei principi, apprezzabile «soltanto in rapporto a situazioni effettuali»: S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, cit., 522.

⁴⁷ Con la modifica della CEDU avutasi con il Protocollo XI del 1998, la Convenzione è interamente affidata a meccanismi giurisdizionali di applicazione (passando la giurisdizione della Corte EDU da facoltativa a obbligatoria), mentre prima della modifica il 95% dei ricorsi individuali veniva deciso non dalla Corte ma dalla Commissione (organo "quasi giudiziario" con funzione di filtro) e dal Comitato dei Ministri (organo politico), in via confidenziale e non pubblica (per ossequio ai Governi convenuti), da cui è conseguito un immediato e inarrestabile aumento dei ricorsi alla Corte EDU (cfr. M. DE SALVIA, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 704 ss.). Interessante rilevare una simile evoluzione anche rispetto al vecchio GATT, in cui la "giurisdizione" del *Panel* era per ogni singola controversia doppiamente facoltativa, potendo le parti rifiutare anche la decisione finale (*Settlement*), mentre oggi, con il nuovo sistema introdotto dall'Uruguay Round, la giurisdizione del *Panel* e dell'*Appellate Body* è obbligatoria, restando ancora nelle mani dell'organo politico (Conferenza Ministri e Consiglio generale) l'interpretazione autentica degli Accordi OMC, anche se, di fatto, il nuovo *Appellate Body* svolge ruolo di *High Court* (cfr. J.H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, N.Y., 2006, 159 s., che ritiene irrealistico l'uso del potere di interpretazione autentica al fine di contrastare gli orientamenti dell'organo giurisdizionale); resta invece la (contraddittoria) segretezza del contenzioso: cfr. J.H.H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, Harvard Jean Monnet Working Paper 9/00, 10; J.H. JACKSON, *op. cit.*, 155, che dà conto dell'importante eccezione costituita dal caso *Beef Hormones*, del 2005 (WT/DS320 e WT/DS321), in cui le parti – USA, Canada e Unione Europea – consentirono alla pubblicità del procedimento.

fatto rispetto al sistema GATT/OMC, ove la crescente giurisprudenza degli organi “giurisdizionali” interni all’OMC lascia presagire un crescente utilizzo delle norme OMC da parte dei giudici (nazionali e comunitari)⁴⁸. Si pensi, ancora, a quelle parti del (previgente) Trattato UE sottratte al sindacato della Corte di Giustizia. E, al contrario, si pensi alla portata “sistemica” che può avere la stessa previsione di un collegamento processuale tra casi e norme formalmente non autoapplicative. Come rilevato dalla Corte di Giustizia nel noto caso *Pupino*⁴⁹, la sola considerazione della tipologia dell’atto non può bastare, anche quando questa sia prefissata con indiscutibile chiarezza, secondo quanto avveniva per le decisioni quadro del c.d. “terzo pilastro”⁵⁰ (rispetto alle quali l’art. 34 TUE non solo ripeteva la formula utilizzata dall’art. 249 TCE per le direttive, ma escludeva espressamente la “diretta efficacia”)⁵¹. La natura formale dell’atto, infatti, deve armonizzarsi con l’altra previsione del Trattato UE, che permetteva (*anche* per le decisioni quadro) il ricorso del giudice nazionale al rinvio pregiudiziale dinanzi alla stessa Corte⁵². E tale strumento processuale sarebbe privo di «effetto utile se i singoli non avessero il diritto di far valere le decisioni quadro al fine di ottenere un’interpretazione conforme del diritto nazionale»⁵³.

⁴⁸ F. SNYDER, *The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law*, in CMLR, 2003, 364 s.

⁴⁹ Corte di Giustizia, Sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, § 38.

⁵⁰ Titolo VI del vigente TUE, dedicato alla *Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale*.

⁵¹ L’art. 34.2/b del TUE prevedeva che le Decisioni quadro (dell’*ex* “terzo pilastro”) «non hanno efficacia diretta» (l’art. 34 del vecchio TUE è stato abrogato dal Trattato di Lisbona, il quale ha eliminato la distinzione in pilastri e “comunitarizzato” la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale: cfr. i Capi 4 e 5 del Titolo IV della Parte III del TFUE; in via transitoria, tuttavia, quelle restrizioni alla giurisdizione della Corte di giustizia restano applicabili – per cinque anni – agli atti adottati dall’UE prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: cfr. l’art. 10 del Protocollo n. 36, *Sulle disposizioni transitorie*).

⁵² Art. 35 del vigente TUE, oggi abrogato (cfr. nota precedente).

⁵³ Corte di Giustizia, caso *Pupino*, cit. In seguito la Corte di Giustizia, pronunciandosi sulla decisione quadro del Consiglio 13 giugno 2002, 2002/584/GAI, relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri), ha di fatto confermato che i soggetti privati sono legittimati a far valere l’eventuale lesione dei propri diritti derivante dal contrasto di norme nazionali con le norme della decisione quadro (sentenze 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowski*). Cfr., sullo stesso tema, C. cost. n. 227/2010, cit., che proprio aderendo a tale giurisprudenza comunitaria, ha ritenuto contrastante con la decisione quadro sul mandato d’arresto europeo cit., la legge italiana volta a darvi attuazione interna (l. 69/2005), nel punto in cui riconosce ai soli cittadini italiani e non anche a quelli comunitari legittimamente residenti o dimoranti in Italia il diritto a scontare una pena detentiva in Italia anziché nel Paese che emette il mandato d’arresto, laddove sia dimostrato un radicamento del condannato nel nostro Stato tale da favorirne il reinserimento sociale. In modo piuttosto apodittico, tuttavia, la nostra Corte ha ritenuto di escludere il po-

Quanto appena rilevato, del resto, si sposa perfettamente con la costatazione per cui, senza una massa critica di propri precedenti, nessuna autorità giurisdizionale è in grado di influenzare l'ambiente politico-istituzionale in cui si colloca⁵⁴.

2. Modelli di autoapplicabilità delle norme

2.1. Non è solo “buona volontà” del giudice: gli elementi strutturanti l'autoapplicabilità

Il passaggio precedente vale a introdurre un ulteriore profilo dell'autoapplicabilità delle norme. Questo concetto, infatti, non può essere adeguatamente colto se non nella sua “dinamicità”, ossia guardando al sistema processuale entro cui atti e norme si collocano, e non solo alle “ideologie” degli interpreti (al più o meno elevato grado di attivismo giudiziario, alla adesione del giudice a schemi “volontaristici” delle norme, ecc.). Si tratta di uno spunto che, formulato in ambito internazionalistico, ben può estendersi a quello costituzionale italiano. Con riferimento al diritto internazionale, infatti, è stato evidenziato come il problema non sia solo quello di una presunta pusillanimità dei giudici, che si sottraggono all'applicazione diretta di norme internazionali pattizie facendosi scudo della preminenza dell'Esecutivo nella gestione del c.d. “potere estero” (anche nella fase successiva alla ratifica di un trattato, quella cioè dell'interpretazione e attuazione dello stesso)⁵⁵. Il problema più autentico è quello della carenza, in capo ai giudici nazionali, di strumenti “coope-

tere del giudice di disapplicare direttamente la norma nazionale contrastante con la decisione quadro, «trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta» (punto 7.1): non si comprende, invero, se l'uso del termine “norma” stia impropriamente per “atto normativo” (con ciò privilegiandosi il dato testuale del previgente TUE per cui le decisioni quadro sono prive di efficacia diretta a prescindere dalle potenzialità autoapplicative del loro contenuto), ovvero se la specifica norma in questione sia ritenuta dalla Corte davvero insuscettibile di applicazione diretta (cosa, invero, discutibile, stante la previgente giurisprudenza della Corte di giustizia che già forniva gli strumenti interpretativi per applicare direttamente la decisione quadro ai casi concreti). Cfr. R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione* (2010), in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁴ H. KELLER, A. STONE SWEET (cur.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2009, 8.

⁵⁵ Come sembra fare la stessa Corte di giustizia, con riguardo agli accordi OMC: cfr. F. SNYDER, *The Gatekeepers...*, cit., 318 ss., in cui si osserva come solo formalmente la Corte di giustizia si reputi abilitata a interpretare autonomamente la portata delle disposizioni degli accordi OMC, mentre in pratica essa si lascia guidare dalla prassi di Commissione e Consiglio. Cfr. *infra*.

rativi” che possano imporre contemporaneamente a tutti i governi firmatari di un trattato l’univoca interpretazione di un determinato obbligo pattizio. In altre parole, il giudice che ritiene vincolante in un certo modo il trattato non può confidare che il suo collega straniero lo ritenga vincolante con la stessa intensità, né può fare affidamento su un’ autorità superiore capace di imporre l’univoca interpretazione del trattato e dunque evitare disparità di trattamento tra Stati causate proprio dai rispettivi organi giudiziari⁵⁶. E ciò, nonostante che il diverso approccio dei giudici di uno Stato contraente, quanto all’autoapplicabilità di un trattato, non dovrebbe essere ritenuto dai giudici di un altro Stato determinante⁵⁷.

La ricostruzione riportata trae espressamente spunto dalle differenze tra sistema comunitario e diritto internazionale pattizio (specie riguardo ai trattati multilaterali): solo nel primo sistema lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, assieme con l’effettivo potere nomofilattico di quest’ultima, ha permesso il superamento di quel reciproco “isolamento giudiziale” appena menzionato, inducendo una cooperazione tra giudici nazionali e giudice comunitario per la più rigorosa e uniforme applicazione degli obblighi comunitari. Il fondamentale ruolo esercitato dalla Corte di Giustizia rispetto alla portata delle disposizioni dei Trattati istitutivi (e del diritto comunitario in genere), del resto, non avrebbe potuto sprigionarsi in assenza della indispensabile alleanza con i giudici nazionali, specie di grado inferiore⁵⁸.

Qualcosa di simile possiamo leggerlo, invero, nell’uso giurisprudenziale della nostra Costituzione, dove, in parallelo con il rinvio pregiudiziale

⁵⁶ E. BENVENISTI, *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, in *EJIL* 1993, 175. Cfr. anche J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 196, che tale tesi richiama; J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenger*, in J.H.H. WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford 2000, 116 s., il quale parla di reciprocità “tra corti”; S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all’ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 610 s.

⁵⁷ La mancata applicazione diretta da parte dei giudici di uno Stato, infatti, non può essere ritenuta come una mancanza di reciprocità dai giudici dell’altro Stato, che saranno autonomamente chiamati a valutare l’autoapplicabilità del Trattato: cfr. Corte di giustizia, sent. 26 ottobre 1982, causa 104/81, su cui cfr. *infra*.

⁵⁸ Alleanza che all’origine ha segnato la fortuna delle dottrine più audaci della stessa Corte (effetti diretti, supremazia): cfr. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 192 ss., secondo cui il rinvio pregiudiziale comporta che il potere politico statale sia (almeno formalmente) vincolato da un suo stesso organo, più che da un organo esterno, con molta più efficacia degli altri strumenti internazionalistici di sanzione. Sotto altro profilo, si è osservato che spesso sono stati i giudici nazionali a proporre, con il rinvio pregiudiziale, alcune tra le più innovative interpretazioni del diritto comunitario: M.P. MADURO, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *EJLS*, 2007/2, in www.ejls.eu, 15.

ziale comunitario, l'incidente di costituzionalità ha permesso alla Corte costituzionale di mettere in circolo, con l'indispensabile alleanza dei giudici (specie di grado inferiore), interpretazioni adeguate della legislazione (precostituzionale) capaci di far produrre effetti giuridici anche a quelle norme costituzionali rimaste inattuato⁵⁹. Se si pensa a come, tanto nel diritto comunitario che in quello costituzionale italiano, si sia dato (e in parte ancora si dia) il problema della competenza del giudice del "livello superiore" (comunitario, costituzionale) a conoscere del "livello inferiore" (ordinamento nazionale, per la Corte di Giustizia, diritto legislativo, per la Corte costituzionale)⁶⁰, si possono cominciare a tessere i fili di un ordito comune, in cui l'autoapplicabilità di un determinato atto/diposizione dipende crucialmente tanto dal tipo di poteri giudiziari coinvolti che dalle possibilità di una loro interconnessione (di un legame processuale)⁶¹.

⁵⁹ Cfr., V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione...*, cit., 593; riassuntivamente, R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE, *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino 2000, 640 ss. che sottolinea come, attraverso l'interpretazione adeguatrice, «la Corte tende ad ottenere, nella situazione storica in cui si trova ad operare, il massimo risultato possibile per l'adeguamento dell'ordinamento ai principi costituzionali, fornendo un'interpretazione della legge che tende ad adeguare la stessa ai principi costituzionali, salvandola al tempo stesso dalla dichiarazione di incostituzionalità che avrebbe invece l'effetto di creare un vuoto normativo». In termini meno adesivi al fenomeno in questione, cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni...*, cit., 164 ss.

⁶⁰ Per un analogo parallelismo, cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione...*, cit.

⁶¹ Sul ruolo strategico del superamento della dicotomia: interpretazione costituzionale riservata alla Corte costituzionale/interpretazione della legge riservata ai giudici, cfr. S. BARTOLE, *op. ult. cit.*, 161, 119, 127, in cui è riportata la tesi dottrinale volta a limitare la risoluzione dei contrasti tra norme precostituzionali e Costituzione al *solo strumento dell'abrogazione*, con conseguente *impossibilità* di sollevare la questione di costituzionalità; tesi fatta propria dal Governo, nel primo giudizio della Corte, e da quest'ultima rigettata (sent. n. 1/1956: cfr. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale...*, cit., 139 s.). Per l'ordinamento comunitario, è noto come la Corte di Giustizia abbia ricostruito la "autoapplicabilità di sistema" anche e soprattutto a partire dal rinvio pregiudiziale (art. 177 Tr. Cee, sostituito dall'art. 234 TCE e poi dall'art. 267 TFUE): «la funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'art. 177... costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter esser fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici»: *Van Gend & Loos*, del 1963, cit. (cfr. P.P. CRAIG, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Jour. of Legal Studies* (12), 1992, 459; M.P. MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998, 9). La stessa argomentazione ha poi fondato la possibilità di derivare effetti diretti anche dalle direttive (come evidenziato da E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano 1991, 36, che richiama la sent. *Grad*, del 6 ottobre 1970, causa 9/70) e, infine, per ammettere un vincolo giuridico anche delle decisioni quadro del II Pilastro (cfr. la sent. *Pupino*, cit. sopra). Sulla genesi della pregiudizialità, cfr. T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici*, Torino 2009, 9 ss.

2.2. Un'autoapplicabilità "di sistema"? Il ruolo del canale di comunicazione tra giudici del caso e giudice "dei principi"

Il meccanismo della pregiudizialità, tanto quella comunitaria che quella costituzionale, rivela un profilo "sistemico" dell'autoapplicabilità: laddove esista la possibilità di far reagire fattispecie astratte assai generali, se non addirittura mere indicazioni di scopo (disposizioni "senza fattispecie"⁶²), con disposizioni aventi un diverso grado di dettaglio (ovvero diversa struttura: disposizioni "con fattispecie"), la "regola del caso" sarà assai spesso costruita con i materiali offerti anche dalla disposizione "superiore" apparentemente non-autoapplicativa. Da questa, innanzitutto, possono trarsi dei limiti che valgono a ritagliare la fattispecie astratta, la quale verrà conseguentemente ridotta nella sua portata materiale ovvero esclusa *in toto*, per incompatibilità con la norma di scopo o generica superiore. Le potenzialità normative di tali enunciati, infatti, spesso possono apprezzarsi solo "in negativo", una volta che le relative disposizioni vengono poste in relazione con altri atti/disposizioni (dettagliate) che, magari indirettamente, ne contraddicono lo spirito o i fini⁶³. Affinché ciò avvenga, occorre superare almeno due ostacoli. Il primo sta nel rischio di anarchia giudiziaria, con riguardo all'interpretazione di norme di principio la cui ampia formulazione è in grado di dar luogo alle più diverse applicazioni giudiziarie. Il rischio viene arginato accentrando l'interpretazione di tali disposizioni-principio in capo ad un organo giurisdizionale *sui generis*, con diversa legittimazione rispetto a quella dei giudici comuni⁶⁴. L'altro ostacolo ha una fisionomia speculare e consiste nell'im-

⁶² R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 202 ss.

⁶³ È la classica tecnica adottata dal giudice comunitario, nel suo "dialogare" col giudice nazionale, ove la norma comunitaria viene interpretata sotto il profilo del suo "ostare" o meno a una norma nazionale interferente col diritto comunitario (Cfr. R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna 2005, 117; M.P. MADURO, *op. cit.*, 26, che evidenzia l'uso "strumentale" dell'art. 30 (attuale art. 28) TCE, sul divieto di ostacoli all'importazione delle merci, norma-parametro che la Corte ha reso inizialmente assai ampia, al fine di indurre i giudici a sindacare il maggior numero possibile di discipline interne. Sull'agevole trasformazione di dubbi di incompatibilità tra diritto nazionale e diritto comunitario, in questioni "interpretative" di quest'ultimo, cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, 46, 49 s., che evidenzia come il significato di una disposizione comunitaria venga (dal giudice e dalla Corte) delineato «mediante *relatio a contrario* ad una determinata disposizione interna».

⁶⁴ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giustizia costituzionale e sopranazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello nazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 6 ss.; P.P. CRAIG, *Once upon a Time in the West...*, 461 s. Sulla "politicità" (o peculiare discrezionalità) della decisione delle Corti (di Giustizia e costituzionale italiana) in merito all'autoapplicabilità delle norme "di vertice" (Trattati comunitari e Costituzione), cfr. R. LUZZATTO, *La diretta*

possibilità per l'organo giurisdizionale "accentrato" di conoscere direttamente i casi e di padroneggiare adeguatamente le loro fattispecie regolative: sono i giudici comuni, allora, ad essere chiamati a collaborare con il "livello superiore", formulando le "domande giuste" sulla scorta di competenze (conoscenza del caso e del settore normativo di dettaglio pertinente) che soltanto loro possono avere/esercitare⁶⁵.

Le osservazioni appena svolte, suggeriscono l'introduzione di un concetto di "autoapplicabilità *di sistema*", ossia di un giudizio su sistemi che, per la fisionomia assunta dai rapporti tra soggetti chiamati all'applicazione del diritto, presentano un tasso più o meno elevato di probabilità che norme "di vertice" (enunciati costituzionali di scopo, direttive al potere politico formulate in testi normativi, obbligazioni internazionali patizie c.d. "di risultato" contrapposte a quelle "di mezzi", ecc.) entrino nel "circuito ermeneutico ordinario", senza restare – quali mere prescrizioni per il legislatore – isolate dal resto dell'ordinamento.

L'esempio più chiaro di quest'ultimo concetto (autoapplicabilità "di sistema") è offerto dal confronto tra il sistema dell'UE e quello della CEDU. Se in entrambi i sistemi le due Corti europee detengono ciascuna il monopolio dell'interpretazione (rispettivamente sul diritto comunitario e sulla Convenzione), e se a entrambe le Corti è precluso invalidare *direttamente* le leggi degli Stati membri contrastanti con i vincoli dell'Unione o convenzionali, a fare la differenza è il fatto che *solo* nel sistema comunitario esiste lo strumento del rinvio pregiudiziale con cui mettere a contatto il diritto "esterno" con il caso concreto, pur facendone formale astrazione⁶⁶. Per cui, se è solo con riferimento al caso concreto che può predicarsi la natura *self-executing* di una norma⁶⁷, allora è solo instaurando un nesso processuale tra "il caso" e il giudice europeo che si potrebbe avere – *a priori* – la certezza della diretta applicabilità anche per le norme CEDU, nel loro innesto con le norme interne⁶⁸. Del resto, le ri-

applicabilità nel diritto comunitario, cit., 70 s.; V. ANDRIOLI, *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 552.

⁶⁵ Sul ruolo centrale del giudice, «in tutte le fasi in cui si articola il giudizio sulle leggi», cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, cit., 523 ss.

⁶⁶ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 44 s., che parla di «progressiva concretizzazione del tenore generale e astratto» della disposizione. Per i più critici dell'operato della Corte di Giustizia, l'interpretazione astratta delle norme comunitarie sarebbe solo uno «smokescreen» che vela l'accesso diretto ai fatti della causa *a quo* da parte della Corte di Giustizia (H. RASMUSSEN, *Remedying the Crumbling EC Judicial System*, in *CMLR*, vol. 37, 2000, 1102).

⁶⁷ Come evidenziato da B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in FALZEA, SPADARO, VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 255 s.

⁶⁸ Cfr. L. MONTANARI, *Giudici comuni e corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in FALZEA, SPADARO, VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., 122 s. A livello dom-

bellioni (più o meno mascherate) del giudice nazionale all'autorità della Corte di Giustizia passano proprio per il rifiuto di avvalersi di tale nesso processuale al fine di colpire la normativa interna contrastante col diritto dell'UE, secondo una concezione mirante a ridurre l'ordinamento dell'Unione a un modello internazionalistico, in cui le violazioni del diritto "esterno" *sembrano* condurre solo alla condanna dello Stato⁶⁹.

Interessante citare l'esempio, ancora nell'ambito internazionale, degli Accordi dell'OMC. Sebbene il loro contenuto sia formulato in termini sicuramente più stringenti di quanto non fossero le flessibili clausole del previgente GATT (General Agreement on Trade and Tariffs)⁷⁰, i limiti all'autoapplicabilità non sono venuti meno, *anche* per l'assenza di coordinamento tra processi interni di natura interprivata e procedimenti esterni, operanti a livello del meccanismo interstatale di soluzione delle controversie: «(i)l sistema OMC, ignorando del tutto il ruolo delle Corti interne nell'attuazione del sistema, si situa infatti all'estremo più rigido (o se si vuole, al livello più basso) nella scala dei modelli esistenti di "cooperazione" e/o interconnessione tra procedure giudiziarie interne e internazionali»⁷¹.

matico, è stato argomentato che la differenza profonda tra Corte di giustizia e altri organi internazionali incaricati dell'interpretazione dei trattati sta nel fatto che, proprio in virtù della pregiudiziale comunitaria, solo alla Corte di giustizia è dato il potere di fissare il parametro valutativo sulla base del quale il giudice interno è tenuto a qualificare il fatto, mentre agli organi internazionali è dato solo fissare la portata internazionale della norma, da cui il giudice interno dovrà comunque estrarre una (diversa) norma di adattamento: G. GUZZETTA, *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano 1994, 94 ss.

⁶⁹ Cfr. Cass., III sez. pen., 13 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, II, 134, che, partendo dall'asserzione che la direttiva sui rifiuti 91/156/Cee «non è autoapplicativa», ha rifiutato di sollevare la questione pregiudiziale sulla compatibilità della legislazione italiana con la nozione comunitaria di "rifiuto", «perché, nella fattispecie, a dover essere interpretata è, semmai, la norma italiana, e non quella europea. In altri termini, l'interpretazione pregiudiziale che compete alla Corte di giustizia riguarda il trattato o gli atti delle istituzioni della Comunità e della BCE, non già gli atti del legislatore nazionale». Per la Cassazione, «(i)l contrasto con la direttiva europea, semmai, può costituire oggetto di intervento della Commissione, che può aprire una "procedura di infrazione" contro lo Stato italiano, sino ad adire la Corte di giustizia nel caso in cui lo Stato non si adegui al parere motivato della stessa commissione, ai sensi dell'art. 226» TCE.

⁷⁰ J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenges*, in J.H.H. WEILER, (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford 2000, 108.

⁷¹ P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova 2002, 567 s., in cui si sottolinea la mancata attribuzione (anche implicita) ai tribunali statali della competenza a svolgere un controllo «preliminare o concorrente in rapporto al (...) meccanismo di soluzione delle controversie predisposto dal sistema», tanto che, in pratica, per Accordi OMC non vige la regola internazionale del previo esaurimento dei rimedi interni per poter far valere responsabilità dello Stato dinanzi agli organi paragiurisdizionali OMC (*ibidem*, 560). Cfr. le riflessioni di A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate*

Non si potrebbe tuttavia chiudere questo paragrafo sull'ipotesi di un'autoapplicabilità di sistema lasciando il dubbio che la CEDU, priva dello strumento del rinvio pregiudiziale, non rientri tra i sistemi a potenziale "alta autoapplicabilità". Sebbene l'assenza del rinvio pregiudiziale faccia ovviamente la differenza, non può negarsi che rispetto al nostro come a molti altri ordinamenti statali del Consiglio d'Europa, la CEDU abbia accresciuto il suo tasso di "immediata applicabilità" interna, complice l'attitudine sempre più collaborativa dei giudici nazionali⁷². L'analisi che segue non vuole negare il ruolo assunto dai legislatori di molti Stati (nel senso di conferire alla CEDU uno status peculiare, come avvenuto in Italia con la riforma dell'art. 117, co. 1, Cost., sia pure con riguardo ai trattati internazionali in generale, ovvero con la l. 89/2001 sull'indennizzo da garantire, conformemente agli standard CEDU, a coloro che subiscono lesioni al diritto a una ragionevole durata dei processi, ecc.)⁷³. Tuttavia, al di là di questo, il sistema CEDU ha dato stimolo all'autoapplicabilità delle norme della Convenzione *anche* grazie al meccanismo di supervisione dell'esecuzione delle sentenze di condanna da parte dei sin-

say..., 406 s., secondo cui l'assenza del rinvio pregiudiziale impedisce gli effetti diretti in un sistema come quello dell'OMC ma non in un sistema come quello CEDU: nel primo caso si tratta di garantire libertà economiche, nel secondo caso diritti umani inviolabili. Per le libertà economiche, primario resta l'obiettivo di evitare la violazione dell'eguaglianza giuridica dei singoli operatori economici, posto che si sarebbe in presenza di un rapporto almeno trilatero, tra due o più imprese concorrenti, l'autorità pubblica incaricata di regolare il mercato e i consumatori. In tale contesto, la decisione pro o contro la diretta applicabilità incide sulla concorrenza ed è per questo che rinvio pregiudiziale e dottrina del primato sono elementi essenziali di un sistema autoapplicativo, quale l'ordinamento comunitario. Nei sistemi internazionali di tutela dei diritti umani (come la CEDU), invece, il rapporto è a due, tra il singolo individuo che lamenta la violazione di un diritto e lo Stato, direttamente o indirettamente responsabile della violazione del diritto invocato (*ibidem*, 409 s.). Si veda anche M. DANI, *Remedying European legal pluralism. The FIAMM and Fedon litigation and the judicial protection of international trade bystanders*, Jean Monnet Working Paper 06/09, 33. Da rilevare, tuttavia, che, rispetto al vecchio sistema GATT, il meccanismo di risoluzione delle controversie del nuovo sistema OMC è pienamente vincolante e tendenzialmente giurisdizionale: J. BOURGEOIS, *op. loc. ult. cit.*; J.H.H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, Harvard Jean Monnet Working Paper 9/00.

⁷² Cfr. H. KELLER, A. STONE SWEET (cur.), *A Europe of Rights*, cit., 687 ss.; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinali*, in *Dir. U.E.*, 1/2009, 1 ss.; O. POLLICINO, V. SCJARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (2010).

⁷³ Sulle iniziative legislative del nostro ordinamento volte a coordinarsi con gli obblighi CEDU e/o a dare attuazione alle sentenze di condanna della Corte EDU, cfr. A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in *www.forumcostituzionale.it* (2008).

goli Stati, affidato al Comitato dei ministri. È stato in seno a tale Comitato, infatti, che si è, in qualche modo, *legittimata* e *incoraggiata* la prassi per cui i giudici nazionali sono abilitati a dare attuazione, *per quanto in loro potere*, alle sentenze CEDU che accertano una violazione della Convenzione da parte dello Stato convenuto⁷⁴.

Se non che, quell'inciso "per quanto in loro potere" è una clausola aperta, rimessa anche all'assunzione di nuove responsabilità degli stessi giudici interni, adeguatamente stimolati dalla giurisprudenza CEDU ma anche dalle prassi del Comitato dei ministri. Tali prassi rappresentano, infatti, una sorta di *canale di dialogo* tra gli organi di supervisione della CEDU e le autorità giurisdizionali interne, le quali possono rinvenirvi importanti sollecitazioni. Si pensi alle peculiari vicende del caso *Dorigo*, su cui pure si tornerà al § 3.3. A seguito della prolungata inottemperanza del nostro Stato alla decisione di Strasburgo che accertava la violazione del diritto al giusto processo del ricorrente (condannato a una pesante pena detentiva sulla base di dichiarazioni di soggetti informati dei fatti in sede di indagini preliminari, ma non confermate in sede dibattimen-

⁷⁴ Guardando alle risoluzioni sull'esecuzione pronunciate dal Comitato dei Ministri, *ex art. 46 CEDU*, si rinvencono numerosi casi in cui tale organo si ritiene soddisfatto dalla "dichiarazione liberatoria" dove il Governo convenuto dimostra che i giudici nazionali hanno già dato "immediata applicazione" ai "principi di diritto" della sentenza di Strasburgo, ovvero sono in grado di darla senza bisogno di ulteriori e specifiche modifiche legislative. Cfr., tra i primi casi, le risoluzioni sul caso *Kokkinakis c. Grecia* (sent. della Corte del 25 maggio 1993; Risoluzione del 15 dicembre 1997, DH (97) 576); sul caso *Holm c. Svezia* (sent. del 25 novembre 1993; Risoluzione del 10 luglio 1998, DH (98) 205); sul caso *Hoffmann c. Austria* (sent. del 23 giugno 1993; Risoluzione del 9 giugno 1994, DH (94) 44); sul caso *Diennet c. Francia* (sent. del 26 settembre 1995; Risoluzione 11 luglio 1997, DH (97) 352). Per l'Italia, cfr. le Risoluzioni del 14 dicembre 1993, negli affari *Brozicek c. Italia*, DH (93) 63, *Colozza c. Italia*, DH (93) 64, *T. c. Italia*, DH (93) 65), in cui il nostro Governo aveva citato la nota sentenza *Medrano* della Cassazione (Cass. pen., sez. I, 10 luglio 1993, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, 580 ss.) per dimostrare l'attitudine dei giudici italiani a dare diretta applicazione alla Convenzione, così da far confidare sulla futura applicazione della legge nazionale *nel rispetto dei principi fissati dalla Corte europea* nei casi dei quali si stava accertando l'esecuzione. Nel caso *Venditelli*, la Corte europea aveva ritenuto ingiustificato che un sequestro giudiziario dei beni dell'imputato, accessorio al giudizio penale, non fosse stato revocato d'ufficio dal giudice competente, una volta che la decisione dichiarativa dell'estinzione del reato fosse divenuta definitiva (sent. 18 luglio 1994, *Venditelli c. Italia*). In sede di esecuzione della condanna, il Governo italiano sosteneva l'immediata applicabilità del "principio di diritto" ricavabile dalla sentenza, principio significativamente formulato come obbligo per l'autorità giudiziaria «di liberare immediatamente i beni posti sotto sequestro giudiziario, una volta che tale misura non è più necessaria nell'interesse della procedura», obbligo diffuso mediante circolare del Ministro di Grazia e Giustizia a tutti gli uffici giudiziari (mentre la decisione della Corte europea veniva trasmessa alle autorità giudiziarie direttamente coinvolte nei fatti, la Corte d'appello e il Pretore di Roma): Risoluzione n. DH (95) 90, del 7 giugno 1995. Per ulteriori approfondimenti, cfr. A. GUZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003/1, 34 ss.

tale)⁷⁵, il Comitato dei ministri svolgeva, in una Risoluzione interinale, un'accurata invocazione nei confronti di «tutte le autorità nazionali coinvolte» nel caso (non solo al legislatore, chiamato a introdurre l'istituto della riapertura dei processi a seguito di condanna CEDU)⁷⁶. La Cassazione (implicitamente reagendo a simile invocazione) decideva di contribuire, in modo alquanto inedito, alla diretta applicabilità della decisione di Strasburgo, attraverso una sentenza che conduceva alla scarcerazione del ricorrente (inutilmente vittorioso a Strasburgo)⁷⁷. La decisione della Cassazione, a sua volta, determinava la liberatoria del Comitato dei ministri in favore del nostro Stato (che evidentemente si era “discolpato” adducendo proprio l'operato del giudice interno)⁷⁸.

Da una simile sequenza può comprendersi anche il ruolo di “schermo” che la procedura in seno al Comitato può rivestire per i giudici interni e per il loro “attivismo” diretto ad ottemperare a una sentenza di condanna CEDU: lo Stato convenuto avendo tutto l'interesse a discolparsi *anche* mediante la valorizzazione di simili prassi giurisprudenziali interne, finisce per garantire *a posteriori* l'operato “creativo” dei giudici nazionali, ponendoli al riparo da eventuali critiche o conflitti interni con la sfera politica (nelle forme di azioni disciplinari da parte del Ministro della giustizia o, più platealmente, di conflitti d'attribuzione tra poteri dello Stato, come avvenuto nel discutibile caso *Englaro*, cit. al Cap. I, § 3.3).

2.3. *Le peculiarità dell'autoapplicabilità nel diritto regionale*

Abbiamo delineato dunque l'esistenza di sistemi *strutturalmente* predisposti a favorire l'autoapplicabilità delle norme di scopo o di principio “apicali”, in virtù del legame processuale tra giudici comuni e organi peculiari (come Corte costituzionale e Corte di giustizia), cui l'inter-

⁷⁵ Decisione della (pre-esistente) Commissione del 9 settembre 1998, nel caso *Dorigo c. Italia*.

⁷⁶ Risoluzione del 12 ottobre 2005 (*ResDH-2005-85*), in cui il Comitato espressamente deplorava il comportamento delle autorità italiane, che dopo sei anni dalla condanna non avevano ancora provveduto a rimuovere le conseguenze della violazione del diritto nelle forme della *restituito in integrum*.

⁷⁷ Cass., sez. I pen., 1° dicembre 2006, n. 2800, cit., la quale dichiarava inefficace il titolo esecutivo della condanna detentiva, pur consapevole che alla sospensione della condanna non sarebbe potuta seguire alcuna riapertura del processo, stante l'omessa modifica legislativa al sistema processuale interno. Operare diversamente avrebbe tuttavia comportato, secondo le parole della Cassazione, un colpevole *diniego di giustizia* ai danni del ricorrente. Cfr., se si vuole, A. GUAZZAROTTI, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Quest. giustizia*, 2007/1, 149 ss.

⁷⁸ Risoluzione (2007)83 del Comitato dei ministri (che pure rinnova l'invito all'Italia a una sollecita riforma legislativa per introdurre un'apposita ipotesi di revisione processuale).

pretazione di quelle norme è prioritariamente affidata. In simili sistemi, vi è un'ipotesi di autoapplicabilità formulata da un giudice chiamato a risolvere un caso concreto. Tale ipotesi vale come "interrogazione" alla Corte costituzionale (o alla Corte di giustizia), la quale potrebbe trovarsi nel dilemma di ritenere quel principio tanto generico da ammettere differenti implementazioni, seguendo logiche più politiche che giuridiche. Tuttavia, stante il necessario rilievo che il principio inattuato comunque riveste per il caso *a quo*, la Corte costituzionale non può ignorare la situazione di illegittimità derivante dal suo mancato rispetto (non più in astratto bensì) nel caso concreto. Di qui la risposta in termini di una "direttiva" (formulata nella veste di una decisione additiva di principio, o di un'interpretazione adeguatrice) che, in sostanza, riconosce tanto le ragioni della politica (il potere di implementare in vario modo il principio) che quelle della giustizia (il divieto di *non liquet* e di risolvere il caso senza palesemente violare il principio)⁷⁹. Il giudice del caso *a quo* potrà variamente procedere a una interpretazione delle norme autoapplicative esistenti in modo strumentale all'implementazione del principio. Senza sostituirsi al legislatore, in questo modo la Corte si avvale della cooperazione del giudice, vincolato giuridicamente a dar seguito al principio. Contemporaneamente la Corte rende in qualche modo "precaria" l'implementazione giudiziaria del principio, ammettendo una diversa disciplina statale e, in qualche caso, anche la retroattività di questa⁸⁰.

Rispetto a simile schema, l'autoapplicabilità del sistema di relazioni Stato-Regioni si presenta in modi alquanto differenti, posto che, come si è visto, al concetto corrisponde un giudizio mirante a colpire, invalidandolo, l'atto "eccessivamente autoapplicativo"⁸¹. In questo ambito, il giudi-

⁷⁹ Sul ruolo del divieto del *non liquet*, cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione...*, cit., che si richiama all'opera di G. Gorla.

⁸⁰ Come espressamente affermato da C. cost. n. 295/1991: «la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com'è quella ravvisata nell'ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idoneo ad assicurare l'effettività di questo – mentre lascia al legislatore, riconoscendone l'innegabile competenza, di introdurre e di disciplinare *anche retroattivamente* tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a fare riferimento per porre frattanto rimedio all'omissione in via di individuazione della regola del caso concreto» (corsivi aggiunti). Cfr. C. cost., sentt. nn. 226/1993, 455/1993 e 241/1996, su cui cfr. A. ANZON, *A proposito dei controversi effetti di una additiva di principio 'anomala'*, in *Giur. cost.*, 1994, 458 ss.; F. POLITI, *Effetti di una sentenza additiva 'di principio' (comportante maggiori spese) e giudizio di ragionevolezza...*, ivi, 1996, 2202 s.; A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio*, cit., 3448 s.

⁸¹ Cfr. però l'analogia rilevata, sotto altro aspetto, da A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa delle Regioni*, cit., 92 ss., il quale, rimarcando l'affinità del fenomeno "leggi cornice" con quello delle «norme costituzionali non autoapplicative», sosteneva l'impossibilità per le leggi statali «di penetrare – dettando una disciplina di dettaglio – nello spazio... idealmente riser-

zio svolto dalla Corte costituzionale – prevalentemente in via di azione – sulle leggi statali “autoapplicative” si è dimostrato inadatto a far valere il limite competenziale dell’art. 117 Cost. in termini “rigidi”, secondo lo schema dell’illegittimità delle norme statali eccessivamente dettagliate. Esso sembra comportare un intervento della Corte volto a far retrocedere una normativa da uno stadio di “autoapplicabilità” a uno di “non autoapplicabilità”, al fine di lasciare sufficiente spazio di manovra all’organo chiamato all’implementazione delle norme “di principio”. Dall’analisi della giurisprudenza costituzionale emerge, tuttavia, come i giudizi volti a salvare norme statali di dettaglio (specie perché ritenute necessariamente strumentali a quelle di principio) siano giudizi normalmente svolti “allo stato degli atti” e dettati più dall’*horror vacui* dell’assenza di una implementazione regionale alternativa a quella statale e con quest’ultima raffrontabile, che non dall’intrinseca impossibilità di una differente realizzazione delle norme di scopo⁸².

Compariamo questa situazione con quella precedente (ossia con il modello “ad alta autoapplicabilità” del giudizio incidentale o della pregiudiziale comunitaria). Il giudizio in tale caso è aperto da una “domanda” della Regione, mirante non a colpire il principio statale (che resterà per essa vincolante) ma a implementarlo discrezionalmente. La Corte, tuttavia, non si trova, come nel modello del giudizio incidentale, a dialogare con un giudice, bensì con un potere politico (la Regione ricorrente). Rispondendo alla Regione che, sì, quella certa *politica* del legislatore statale è eccessivamente stringente, e come tale va annullata, la Corte non ha alcuna garanzia che il legislatore regionale provvederà a una tempestiva attuazione del principio statale (rimasto in piedi), con ciò assumendosi la responsabilità di boicottare una politica statale (magari di portata economica rilevante)⁸³.

vato» alle leggi regionali, deducendone che «tra la legislazione statale di cornice e le leggi regionali non poss(o)no configurarsi rapporti interpretabili in termini di abrogazione».

⁸² Il che sembra trovare conferma in quei casi speculari, in cui la Corte ha recuperato *a posteriori* (dinanzi a una legge regionale concretamente adottata) spazi di manovra per il legislatore regionale, svolgendo una sorta di percorso a ritroso, di risalita cioè da norme statali dettagliate ai relativi principi-obiettivo, per poi ridiscendere e giustificare la diversa ma altrettanto legittima implementazione regionale dei principi statali: cfr. Cfr. S. BARTOLE, *Articolo 117*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1985, 154, ntt. 22 e 23, che richiama C. cost., sentt. 36/1977, 75/1974, 88/1973, 189/1971; cfr. anche U. POTOTSCHNIG, *Nota a C. cost. n. 249/1976*, in *Le Regioni*, 1977, 478 s.; R. BIN, *Legge regionale*, cit., 184 (per cui il “principio della materia”, nella giurisprudenza costituzionale, ha finito per corrispondere al «risultato di un giudizio successivo, svolto caso per caso, in riferimento alle concrete scelte compiute dalla legge regionale»).

⁸³ Si pensi alla vicenda del condono edilizio, rispetto alla quale la Corte (sent. n. 196/2004) ha, sì, colpito l’invasione della disciplina (di dettaglio) statale a danno della com-

Per cui, richiamando ancora il parallelo con le decisioni additive di principio, la Corte ammette che le norme di dettaglio statali costituiscano un'implementazione *provvisoriamente* necessaria del principio fondamentale fissato dallo stesso legislatore statale (così come nelle additive di principio la Corte ammette che l'implementazione giudiziaria possa provvisoriamente ovviare all'inerzia del legislatore). Tanto l'implementazione del legislatore statale *al posto* di quello regionale che l'implementazione giurisprudenziale *al posto* di quella legislativa sono *cedevoli*, pur con tutti i problemi che si pongono con riguardo alla stabilità dei rapporti giuridici già sorti (nel caso in cui il legislatore statale o quello regionale volessero ridisciplinare retroattivamente la materia, travolgendo quanto fino a quel momento regolato – rispettivamente – dal giudice o dalle norme statali di dettaglio).

Del resto, in assenza di norme statali cedevoli che attuino i principi fondamentali, lo schema altamente teorico (e poco o nulla praticato) della legge “Scelba” vorrebbe che i giudici ritenessero abrogate le prevalenti leggi regionali per opera dei principi stessi, con ciò, tuttavia, costringendo i giudici anche a ricavare dai principi statali il loro... “effetto utile”, per usare la terminologia del diritto comunitario. Ciò, finché non intervenga la disciplina regionale di dettaglio (in perfetto parallelismo con la tecnica delle decisioni additive di principio della Corte costituzionale).

2.4. *Le peculiarità dell'autoapplicabilità nel referendum abrogativo*

Passiamo ad analizzare le differenze e le analogie tra il modello “ad alta autoapplicabilità” del giudizio in via incidentale e quello del giudizio di ammissibilità del referendum. Per una migliore comprensione del parallelo, vale la pena richiamare ancora una volta lo schema delle sentenze additive di principio della Corte costituzionale: in esse il riferimento al potere di implementazione *anche* in via giudiziaria (non solo legislativa) del “principio aggiunto” viene fatto dalla Corte contando sia sulle ampie possibilità combinatorie che la complessità dell'ordinamento offre, sia

petenza (ripartita) regionale sull'urbanistica, ma ha anche (prudentemente) fissato un termine all'intervento legislativo regionale oltre il quale si sarebbe applicata la normativa di dettaglio dello Stato, con una tecnica assai prossima a quella delle norme cedevoli formalmente vietata dal nuovo art. 117 Cost.: cfr. M. MASSA, *Le norme cedevoli prima e dopo la riforma del Titolo V*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli 2006, 451 s.). Più in generale, è stato osservato come il giudizio della Corte sui confini competenziali di Stato e Regioni sia inevitabilmente influenzato dalla “bontà” sostanziale della disciplina statale: V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Regioni*, 2007/1, 22 s.

sulle competenze tecniche dei giudici del seguito. Come dimostra l'analisi dei "seguiti" giurisprudenziali delle sentenze additive di principio, infatti, al giudice comune risulta possibile ricorrere a interpretazioni particolarmente complesse e/o lontane dalla lettera della legge, al fine di permettere al "principio aggiunto" dalla Corte l'immediata efficacia, almeno rispetto ai contenziosi sollevati.⁸⁴ Il che si spiega sempre ponendo mente al fatto che il seguito della pronuncia della Corte è, appunto, un contenzioso, ove vige il divieto di *non liquet*.

Nel caso del giudizio di ammissibilità di referendum su leggi costituzionalmente obbligatorie, la Corte deve valutare se la normativa è *abbastanza* autoapplicativa da non creare lacune pregiudizievoli per le norme costituzionali coinvolte. Tuttavia, la Corte non è nella posizione di potersi affidare alla cooperazione con il giudice "del seguito". Essa è invece chiamata (soprattutto rispetto ai referendum in materia elettorale) a verificare *ex ante* e in astratto la possibilità che determinati istituti possano, in ogni loro aspetto, risultare operativi. Tuttavia, come la casistica ha dimostrato, anche in simili giudizi la Corte segue uno schema affine a quello delle sentenze additive di principio. Accertata, infatti, l'esistenza di un "principio abrogativo" avuto di mira dai promotori del referendum⁸⁵, la Corte ammette sia una moderata manipolatività del quesito (corrispondente alla moderata creatività dei giudici chiamati a dare immediata applicazione al principio aggiunto con decisione additiva), sia l'ipotesi che residuino degli *inconvenienti* nella normativa di risulta, non insormontabili ma che il legislatore è chiamato a risolvere⁸⁶. In alterna-

⁸⁴ Esempio il seguito dato a C. cost., sent. n. 88/1992, dichiarativa dell'incostituzionalità della disciplina sulla pensione sociale degli ultrasessantacinquenni invalidi, «nella parte in cui, nell'indicare il limite di reddito cumulato con quello del coniuge, ostativo al conseguimento della pensione sociale, non prevede un meccanismo differenziato di determinazione per gli ultrasessantacinquenni divenuti invalidi». La Cassazione (sez. lav., 17 febbraio 2000, n. 1760), evidenziato preliminarmente come, da tale decisione d'incostituzionalità, discenda che, per gli ultrasessantacinquenni coniugati invalidi, l'importo dei loro redditi complessivi «*deve essere comunque aumentato* rispetto a quello massimo fissato dalla legge per i non invalidi», giunge ad ammettere il ricorso a coefficienti desunti dalla disciplina sugli assegni familiari. Pur versandosi in «*materie aventi una disciplina del tutto diversa*», trattasi comunque «di materie afferenti a diritti previdenziali ed assistenziali tra loro assimilabili nell'alveo del substrato comune che ne ha determinato la insorgenza istituzionale», e tale loro *ratio* comune giustifica il ricorso all'*analogia iuris*, ex art. 12 delle Preleggi, posto che, diversamente, «si porrebbe palesemente ad una anomala forma di denegata giustizia che il legislatore, appunto con la cennata norma delle cd. preleggi, ha inteso prevenire ed evitare» (corsivi aggiunti). Cfr., *amplius*, A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità...*, cit., 3451 ss.

⁸⁵ Cfr. L. CASSETTI, *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 259 s.

⁸⁶ Cfr. C. cost. 32 e 33/1993, su cui G. FLORIDIA, *Referendum elettorale e difetti della normativa di risulta: "inconvenienti" vs. "impedimenti"?*, in *Giur. cost.*, 1993, 240 (per il quale

tiva, trattandosi appunto di meri inconvenienti e non di *impedimenti*, starà ai soggetti dell'applicazione porvi rimedio, facendo ricorso all'integrazione dell'ordinamento⁸⁷. In altre parole, da un giudizio di ammissibilità di un determinato quesito manipolativo su leggi costituzionalmente obbligatorie dovrebbe discendere una sorta di presunzione di autoapplicabilità che responsabilizzi coloro che sono chiamati a colmare le lacune, facendo ricorso all'interpretazione integratrice. Stante la delicatezza della materia (rinnovo di organi costituzionali), non può trattarsi solo di una *prognosi* effettuata dalla Corte, bensì di una sorta di *prescrizione* di autoapplicabilità della normativa di risulta. Il problema sta, però, proprio nei destinatari dell'obbligo: essi non sono immediatamente i giudici, come nel caso delle sentenze additive di principio, bensì innanzitutto soggetti chiamati all'organizzazione di un procedimento elettorale (ad es.), la cui funzionalità rischia di essere compromessa *a priori* e il cui rimedio giurisdizionale rischia di giungere troppo tardi. Ancora più gravemente, nel caso delle elezioni parlamentari, il rimedio giurisdizionale non arriva affatto, posto che chiamati a dar seguito alla direttiva della Corte circa l'autoapplicabilità della normativa di risulta potrebbero essere i parlamentari stessi, la cui maggioranza presente nell'una o nell'altra Camera costituisce un vero *iudex in causa propria*, interessato a sfruttare a proprio favore la presunta lacunosità della normativa elettorale più che a colmarla⁸⁸.

Quest'ultimo rilievo mostra, invero, quanto il potenziale autoapplicativo delle norme di principio o apicali di un ordinamento o di un sistema risentano del tipo di *dialogo istituzionale* in cui esse vanno a inserirsi: se il dialogo è tra organi giudiziari (con tutte le peculiarità delle Corti "apicali", come Corte di giustizia e Corte costituzionale), l'autoapplicabilità della norma è una direttiva effettiva per gli organi chiamati alla

gli inconvenienti individuati dalla Corte nella normativa di risulta varrebbero «a sottolineare l'esistenza di una significativa componente di doverosità. L'eliminazione di tali difetti grava infatti primariamente non sulla Corte..., bensì appunto sul legislatore». Cfr. anche CASSETTI, *op. ult. cit.*

⁸⁷ Cfr. C. cost. 15/2008, punto 7.2 (che, riguardo all'inconveniente dell'insufficienza di candidati rispetto ai seggi assegnati e alla conseguente possibilità che il premio di maggioranza non venga assegnato, rileva «l'applicabilità di norme di chiusura, che non spetta a questa Corte individuare ed il cui reperimento è proprio dei soggetti istituzionali cui è affidato il compito di applicare la legge elettorale»).

⁸⁸ Cfr. G. TARLI BARBIERI, *Le sentenze sui referendum «Guzzetta» tra (apparenti) conferme e (sostanziali) novità*, in *Giur. cost.*, 2008, 1, 190 ss., che ricorda come la norma di chiusura astrattamente funzionale a colmare le lacune del precedente sistema elettorale (art. 11 d.P.R. n. 14/1994), sia stata sostanzialmente "disapplicata" dalla Camera dei deputati nel noto caso di "seggi vacanti", all'indomani delle elezioni politiche del 2001, con ciò determinando una lesione del principio dell'integrità numerica del plenum della Camera.

risoluzione dei casi concreti; se il dialogo coinvolge un organo politico (in posizione di conflitto d'interessi), l'autoapplicabilità rischia di trasformarsi nel suo contrario e di non produrre gli esiti "di sistema" che le sono propri (quelli, cioè, di ovviare alla mancata implementazione normativa di norme di principio).

3. *Vigenza, efficacia, sanzione*

3.1. *La distinzione dei piani dell'efficacia delle norme e dei "livelli sanzionatori"*

Un atto normativo (o il suo contenuto) si atteggia in modo differente a seconda del tipo di processo in cui viene in rilievo. Se, ad es., nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi in via diretta, la mera vigenza della legge delega è sufficiente a rendere le norme di questa immediatamente lesive delle posizioni giuridiche delle Regioni ricorrenti⁸⁹, in un giudizio dinanzi a un giudice comune, l'efficacia della legge delega sarà circoscritta ai soli rapporti delegante-delegato⁹⁰ (finché la delega non venga attuata, ovvero anche in caso di attuazione incompleta).

Quest'ultimo passaggio rimanda a una distinzione necessaria all'interno del modello "sanzionatorio" dell'autoapplicabilità. I vari ambiti, o "sistemi" dell'autoapplicabilità fin qui tratteggiati, presentano un doppio regime "sanzionatorio", ossia una duplice tecnica di reazione alla violazione di norme "di vertice" vigenti. Nel diritto dell'Unione europea, chiara – teoricamente – è la distinzione tra il regime sanzionatorio fondato sul giudizio di infrazione attivabile dalla Commissione dinanzi alla Corte di giustizia (art. 226 TCE - attuale art. 258 TFUE)⁹¹ e quello fondato su un giudizio in via pregiudiziale (art. 234 TCE – attuale art. 267 TFUE) da cui emerge l'incompatibilità tra diritto interno e norma dell'UE "autoapplicativa" (dotata, cioè, di *effetti diretti*)⁹². Affermare che

⁸⁹ Come stabilito da C. cost. n. 224/1990, su cui cfr. *infra*.

⁹⁰ Secondo quanto affermato in particolare da C. cost. n. 8/1977, su cui cfr. *infra*.

⁹¹ Ovvero attivabile dagli Stati membri, ma sempre previo coinvolgimento della Commissione (art. 227 TCE - attuale 259 TFUE).

⁹² All'orientamento della Corte di giustizia che espressamente nega la propria competenza ad applicare, in sede pregiudiziale, il Trattato a un caso determinato o a statuire sulla compatibilità di una norma giuridica interna con disposizioni comunitarie, si è affiancata la tendenza (ormai preponderante) della Corte a un'ingerenza nella decisione del caso singolo e a valutare la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario. Cfr. P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 43 s.; E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, cit., 112 (secondo cui, con le sentt. *Van Gend, Costa*, e *Simmenthal*, la Corte di giustizia avrebbe «intro-

una disciplina legislativa di uno Stato membro è incompatibile con una norma o un principio comunitario, in sede di giudizio d'infrazione, non equivale a riconoscere (né dovrebbe contribuire a rendere) quella norma o principio immediatamente applicabili nei giudizi dinanzi ai giudici nazionali (di quello o di altri Stati membri), come il noto caso "Berlusconi" insegna⁹³.

dotto una forma decentralizzata di controllo giudiziario di costituzionalità»); B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, ed. II, Bologna 2001, 340, in cui si parla di «problematico spostamento del sistema dei ricorsi». Cfr., di recente, Corte di giustizia (Grande Sez.), sent. 6 marzo 2007, C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica* ecc., in cui si ribadisce che non spetta alla Corte, nell'ambito di un giudizio incidentale ex art. 234 TCE, «pronunciarsi... sulla compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto comunitario. [Tuttavia, nella questione pregiudiziale sottoposta]... si identificano con precisione gli effetti di una serie di interventi legislativi nazionali e si chiedono alla Corte chiarimenti sulla compatibilità di questi effetti con il Trattato CE. Di conseguenza, con tale questione non si chiede alla Corte a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale o sulla compatibilità di quest'ultimo con il diritto comunitario».

⁹³ Corte di giustizia, sent. 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, in cui si è negato che una direttiva possa aggravare, di per sé, la responsabilità penale di un singolo (su cui cfr. R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di giustizia*, Torino 2005; A. BIONDI, R. MASTROIANNI, *Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others*, in *CMLR*, 2006, 553 ss.). Sebbene da precedenti della stessa Corte di giustizia emergesse l'incompatibilità tra la parziale depenalizzazione del falso in bilancio operata dal legislatore italiano e la direttiva sui bilanci societari (sent. 29 settembre 1998, C-191/95, *Commissione c. Germania*), alla luce del principio di adeguatezza delle sanzioni con cui gli Stati devono garantire l'osservanza del diritto comunitario (sent. 21 settembre 1989, *Commissione c. Repubblica ellenica*, C-68/88), si trattava di precedenti ove la Corte aveva potuto stigmatizzare l'inadeguatezza della risposta penale statale *proprio* in virtù del fatto che si trattava di giudizi su procedimenti d'infrazione, che non implicavano effetti diretti per gli individui. Nell'ambigua decisione del 4 dicembre 1997, C-97/96, *Daibatsu*, pronunciata invece in via pregiudiziale, la Corte aveva emesso una decisione "di principio", la quale, da un lato, chiariva (al giudice *a quo*) che il meccanismo sanzionatorio contro la omessa presentazione dei bilanci societari dovrebbe potersi attivare comunque (al di là delle limitazioni frapposte dal diritto interno), da un altro lato negava che una direttiva comunitaria potesse creare *di per sé* obblighi a carico di un individuo. Alla sentenza sul falso in bilancio, caso *Berlusconi*, cit., ha fatto seguito l'ordinanza di restituzione degli atti per riesame del *ius superveniens* da parte della Corte costituzionale (ord. n. 70/2006), investita di omologa questione sulla compatibilità con gli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., della parziale depenalizzazione del falso in bilancio. Diverso l'esito della questione sulla mascherata depenalizzazione parziale delle sanzioni contro lo smaltimento abusivo dei rifiuti (ceneri di pirite escluse dalla nozione comunitaria di rifiuto): cfr. C. cost. n. 28/2010, giunta dopo che l'Italia era stata condannata in seguito a un procedimento d'infrazione (sent. 18 dicembre 2007, C-194/05, *Commissione c. Repubblica italiana*) il quale aveva indotto l'Italia ad adeguare la propria legislazione (d.lgs. 4/2008). Richiamando i propri precedenti sull'ammissibilità del sindacato di costituzionalità su norme penali di favore (sentt. nn. 148/1983 e 394/2006), la Corte ha annullato la norma depenalizzatrice, con sentenza c.d. in *malam partem*, osservando al contempo che «la valutazione del modo in cui il sistema nor-

Il sistema CEDU, d'altro canto, sembra proprio costruito in questo modo: condannare a Strasburgo uno Stato per la violazione di una norma CEDU, non equivale affermare che quella norma possa o debba rivestire natura autoapplicativa anche dinanzi ai giudici comuni di quello Stato⁹⁴. Si tratta del più generale problema dei trattati internazionali e della loro natura *self-executing*: se dalla violazione di norme internazionali pattizie può derivare una sanzione sul piano internazionale (anche se comminata da un giudice internazionale, ovvero un organo con caratteristiche giurisdizionali e non meramente diplomatiche), non per questo tali norme divengono autoapplicative all'interno dell'ordinamento nazionale⁹⁵.

Analoga costruzione potrebbe predicarsi per le norme statali "di principio" nei confronti degli ordinamenti regionali: il potere di impugnare una legge regionale non tempestivamente adeguata ai nuovi principi legislativi statali (nelle materie concorrenti), non dovrebbe – in teoria – confondersi con quello di dettare una disciplina di dettaglio immediatamente applicabile in materie dove, appunto, il dettaglio sembra riservato al legislatore regionale⁹⁶.

Simile era la logica seguita dalla Cassazione, nella sua dottrina sulle norme costituzionali "programmatiche/precettive", laddove, confortata dalla mancata istituzione del livello sanzionatorio "superiore" (il sindacato di costituzionalità dinanzi all'istituenda Corte costituzionale), più agevolmente poteva rinviare il problema del sindacato su leggi "scomode", trincerandosi dietro al concetto di abrogazione e ai suoi limiti⁹⁷. Per venire ai nostri giorni, un'eco di quell'impostazione la troviamo nelle decisioni "di principio" della Corte costituzionale e, soprattutto, nelle teorie che le vorrebbero non autoapplicative: il livello della "sanzione" è, in questo caso, tutto particolare (è sancito un obbligo costituzionale di

mativo reagisce ad una sentenza costituzionale di accoglimento non è compito di questa Corte, in quanto la stessa spetta al giudice del processo principale». Cfr. R. CONTI, *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed europolitani*, in *Federalismi.it* (2010); M.E. GENNUSA, *Un'eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*, in *Quad. cost.*, 2010/2, 379 ss.

⁹⁴ A differenza della Corte di Giustizia, la Corte EDU ha espressamente negato che la Convenzione, specie al suo art.13, imponga agli Stati membri particolari modalità per assicurare, attraverso il diritto interno, l'effettiva attuazione degli impegni assunti (cfr. casi *Swedish Engine Driver*, sent. 6 febbraio 1976, § 50; *James and Others*, sent. 21 febbraio 1986, § 47; *Lithgow and Others*, 8 luglio 1986, § 205). Cfr. L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino 2002, 33 s.

⁹⁵ Cfr. T. BUERGENTHAL, *op. cit.*, 389 ss.

⁹⁶ Potremmo dire che, una volta che la Corte annulli una legge regionale contraria al principio statale, non automaticamente dovrebbe dirsi che tale principio è in grado di applicarsi ai "rapporti della vita", ovvero di imporsi ad un giudice in un giudizio ordinario.

⁹⁷ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni...*, cit., 42 ss.

collaborazione tra poteri, che vincolerebbe il Parlamento ad adottare la legislazione costituzionalmente necessaria, secondo l'accertamento della Corte). E dunque, seguendo certe impostazioni⁹⁸, la pronuncia d'accoglimento della Corte costituzionale non equivarrebbe all'autoapplicabilità dinanzi al giudice comune del principio costituzionale così acclarato⁹⁹.

3.2. *Distinzione tra "livelli sanzionatori" e (pretesa) separazione tra uso "parametrico" e uso "diretto" delle norme*

Come si può intravedere dalla panoramica appena svolta, dietro la scissione dei due diversi livelli sanzionatori campeggia la distinzione tra uso "parametrico" delle norme (di principio, di scopo o simili) e immediata applicazione (*effetti diretti*, nel gergo comunitario) di tali norme. Ossia, tra un uso delle norme "apicali" limitato a valutare la conformità al loro contenuto di atti (o comportamenti omissivi) di determinati soggetti (quali organi statali, regionali, ecc.) a prescindere della capacità delle norme parametro di fornire immediatamente rimedi soddisfattivi delle posizioni soggettive coinvolte. Tale distinzione, tuttavia subisce costantemente erosioni nella prassi.

Per comprendere questo passaggio può essere utile guardare indietro e risalire alle origini della nostra prassi e dottrina sulla diretta applicabilità delle norme costituzionali (nell'accezione di *Drittwirkung*, cioè di applicabilità nei rapporti interprivati). Pare significativo, innanzitutto, il fatto che, in una delle sue prime teorizzazioni dogmatiche, l'autoapplicabilità venisse ricostruita come caratteristica delle *sole* norme costituzionali (magari nel loro reciproco integrarsi) e non in relazione alla capacità di innesto tra norme costituzionali e norme legislative (anche previgenti), di cui anzi veniva contrastata la correttezza teorica¹⁰⁰. Il che corrispon-

⁹⁸ G.P. PARODI, *op. cit.*, 141, 330.

⁹⁹ E però, mentre nel sistema CEDU o nel diritto internazionale, le sanzioni formalmente esistono, meno chiaro è il tentativo di costruire sanzioni "simboliche" entro il quadro costituzionale interno: l'illecito costituzionale costituito dal mancato ottemperare del potere politico all'accertamento della violazione costituzionale in quale sanzione incorrerebbe? Per la tesi secondo cui le decisioni additive della Corte avrebbero, nella loro parte ricostruttiva, valore meramente persuasivo e non vincolante per i giudici, cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, (ivi, 586 ss.); la tesi della natura vincolante dell'addizione sembra tuttavia prevalere nella prassi meno risalente dei giudici comuni (cfr. E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario...*, cit., 212 ss.). Sulla scarsa collaborazione del Parlamento con la Corte, cfr. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano 2007, 145 ss.

¹⁰⁰ G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 73 (in cui si opera una cesura tra *Drittwirkung* e interpretazione adeguatrice), 136 ss. (in cui si nega la possibilità dell'innesto con norme del c.c. o del c.p., posto che, in tal modo, «non sarebbero le norme costitu-

deva abbastanza a ciò che era stato, anni prima, contestato ai giudici relativamente al loro uso diretto dell'art. 36 Cost. La dottrina aveva infatti confutato che la dichiarazione giudiziale di nullità delle clausole contrattuali volte a riconoscere al lavoratore dipendente un trattamento inferiore alla retribuzione minima imposta dall'art. 36 Cost. potesse dirsi coerente con la presunta immediata precettività della disposizione costituzionale, posto che, appunto, ciò che effettivamente trovava applicazione era l'art. 2099 c.c. (sul potere del giudice di fissare la retribuzione, in mancanza di accordo tra le parti) e che il contenuto della prestazione (la retribuzione *sufficiente*) veniva mutuato dai vigenti contratti collettivi nazionali¹⁰¹.

La vicenda dell'art. 36 Cost., al di là di altri profili che saranno trattati in seguito, è in qualche modo emblematica dell'uso *parametrico* delle norme di principio "apicali" (costituzionali, comunitarie, della CEDU, ecc.), anche quando esse riguardano casi della vita: il principio dell'adeguatezza della retribuzione spettante al lavoratore vale, innanzitutto, a far emergere nella prassi l'inaccettabilità dei contratti con clausole retributive palesemente contrastanti con esso. Vale, *in primis*, come strumento "demolitorio". Alla rimozione della illegittima previsione contrattuale di una retribuzione insufficiente (uso parametrico della norma superiore di principio) segue la ricerca di una soluzione pratica (e compromissoria) che possa sostituire il trattamento giuridico illegittimo con uno più conforme al principio (o col principio meno contrastante). Soluzione che avviene per "manipolazione" della legislazione previgente.

Un simile schema di utilizzo delle norme costituzionali è stato di recente evidenziato, con riguardo al sindacato giurisdizionale sull'attività della pubblica amministrazione, rilevandosi l'esistenza di «uno schema ternario, al cui vertice sta la norma costituzionale, e alla cui base stanno... due disposizioni di legge: la norma... in base a cui il provvedimento amministrativo è stato (illegittimamente) emesso, e quella... che consente di definire, intersecandosi con il significato della prima, la regola di condotta (della p.a.), costituzionalmente conforme»¹⁰². Dunque, un uso della Costituzione non direttamente regolativo della fattispecie, ma volto a paralizzare l'applicabilità di una norma ricorrendo invece ad altra norma di legge, che sarebbe apparsa diversamente inapplicabile al caso.

zionali a valere come tali, ma la loro effettività dipenderebbe dalla misura in cui le norme privatistiche o penalistiche appaiono idonee a recepirle, e queste ultime, non le prime, troverebbero concreta applicazione»).

¹⁰¹ Cfr. S. BARTOLE, *op. ult. cit.*, 168 s.

¹⁰² M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione...*, cit., 210 ss.; 296.

Come si è appena visto, l'autoapplicabilità di norme "di principio" (apparentemente "generiche" o di mero scopo) si evidenzia spesso "per contrasto" con normative dettagliate (di rango inferiore): dal rilevamento del contrasto partono processi interpretativi fino a quel momento "in sonno", che vengono attivati *proprio* allo scopo di implementare i principi superiori¹⁰³. Principi che, spesso, vengono enucleati in una sede che *prescinde* dal requisito dell'autoapplicabilità (come il procedimento d'infrazione, nell'ordinamento comunitario¹⁰⁴, ovvero il processo dinanzi alla Corte di Strasburgo, nel sistema CEDU, ove possono essere rilevate violazioni di norme senza preoccuparsi che queste siano, appunto, in grado di sostituirsi automaticamente alla disciplina statale contrastante).

Da questo schema (rilevamento della violazione di una norma, *a prescindere* dalle capacità autoapplicative di questa) sono addirittura germogliate teorie dirette al superamento dei noti test di autoapplicabilità delle norme comunitarie, introducendo una sorta di livellamento dei due strumenti di sanzione esistenti nell'UE contro le violazioni o le inadempienze nazionali¹⁰⁵. Si tratta, in particolare, della proposta dottrina volta a superare la concezione "ortodossa" degli effetti diretti, secondo cui il diritto dell'Unione dovrebbe essere in grado di "sostituirsi" a quello statale difforme per potersi avere diretta applicabilità da parte del giudice comune nazionale. Dato che la prassi mostra, invece, che i giudici nazionali si limitano spesso a disapplicare il diritto interno *senza* applicare al suo posto quello dell'Unione, la Corte di giustizia dovrebbe accogliere un approccio meno formalistico, limitandosi a rilevare l'eventuale contrasto tra

¹⁰³ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., che relativizza la distinzione tra uso giudiziario di norme comunitarie da cui derivino immediatamente diritti e obblighi, e uso del diritto comunitario (e della pronuncia interpretativa su di esso formulata dalla Corte di giustizia) *solo* ai fini di determinare l'incompatibilità del diritto nazionale applicabile al caso: in questa seconda evenienza, gli effetti saranno quelli di applicare al fatto una diversa norma nazionale, al posto di quella disapplicata perché incompatibile col diritto dell'UE.

¹⁰⁴ Da rilevare che la nota sentenza *Franovich* del 1991, cit., è stata pronunciata dalla Corte di giustizia in sede di giudizio incidentale, su rinvio di un giudice italiano, *dopo che* l'Italia era già stata "condannata" in esito a un giudizio per infrazione (attuale art. 258 TFUE), che accertava la mancata trasposizione della direttiva sulla garanzia dei lavoratori per insolvenza del datore (sent. 2 febbraio 1989, causa 22/87) (e lo strumento coniato dalla seconda – risarcimento del danno in capo allo Stato, per omessa trasposizione di una direttiva – si rilevava più efficace del primo, se è vero che di lì a poco il legislatore attuava la direttiva 80/987 con il d.lgs. 80/1992); così come la sentenza (che ha specificato la stessa "dottrina" *Franovich*) nelle cause riunite *Brasserie du pêcheur* e *Factortame III* (Corte di giustizia, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93), pronunciata su rinvio pregiudiziale, è stata preceduta da due sentenze di condanna su procedimenti di infrazione, rispettivamente contro la Germania (sent. 12 marzo 1987, causa 178/84) e contro il Regno Unito (sent. 4 ottobre 1991, C-246/89).

¹⁰⁵ Cfr. S. PRECHAL, *Does Direct Effect still matter?*, cit., 1066 s.

diritto dell'Unione e diritto interno, lasciando al giudice *a quo* le valutazioni sul tipo di reazione giuridica che a tale contrasto consegue¹⁰⁶.

La dottrina in questione può essere meglio compresa tenendo conto del fatto che la giurisprudenza comunitaria sugli effetti diretti ha subito da tempo una "mutazione genetica", intervenuta a partire dalla sentenza *Van Duyn*. In essa la Corte di giustizia giunse a superare l'originaria fisionomia degli effetti diretti, teoricamente connessi a norme comunitarie "perfette", immediatamente regolative del caso concreto, per estendere la categoria anche a casi di autentico sindacato sulla discrezionalità del legislatore nazionale (cioè di uso meramente "parametrico" delle norme dell'UE rispetto a quelle nazionali contrastanti)¹⁰⁷. Casi di questo tipo (di uso meramente "parametrico" delle norme dell'UE e non "integrativo-sostitutivo" del diritto nazionale) hanno mostrato e mostrano come la Corte di giustizia non abbia bisogno di valutare preliminarmente le condizioni della "diretta efficacia" per far valere il diritto dell'Unione. Ne dovrebbe conseguire che anche i giudici nazionali dovrebbero poter fare altrettanto, dato che la responsabilità dello Stato esiste in relazione alla violazione di *qualsiasi* norma dell'Unione, sia essa dotata di effetti diretti oppure no.

Istruttiva è, a tal proposito, la giurisprudenza della Corte di giustizia sugli accordi GATT/OMC. Sulla scorta della prima giurisprudenza comunitaria, tutti i trattati internazionali di cui la Comunità è parte rivestirebbero nell'ordinamento comunitario una forza vincolante tale da prevalere sullo stesso diritto derivato (regolamenti, direttive e decisioni)¹⁰⁸. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che le disposizioni degli accordi OMC, globalmente intesi, non possono ritenersi dotati di "effetti diretti" per i privati¹⁰⁹. In modo solo apparentemente paradossale, la Corte ha poi affer-

¹⁰⁶ Cfr. S. PRECHAL, *op. cit.*, 1059, 1064, in cui si osserva che i requisiti della "diretta efficacia" (natura incondizionata e sufficiente precisione della norma comunitaria) variano a seconda del tipo di giudizio nazionale e del tipo di *petitum* (una prestazione statale o l'annullamento di un provvedimento). Su queste posizioni, cfr. criticamente S. AMADEO, *op. ult. cit.*, 24 ss.

¹⁰⁷ Così P.P. CRAIG, *Once upon a Time in the West...*, cit., 470. Nella sentenza *Van Duyn*, C-41/74, del 4 dicembre 1974, si discuteva di una direttiva che ammetteva deroghe al principio di non discriminazione in base alla nazionalità per motivi di ordine pubblico, sicurezza o incolumità. La Corte negò che le deroghe ammissibili valessero a eliminare la diretta efficacia della norma, posto che esse risultavano sindacabili giudizialmente *dalla Corte stessa*, attraverso il rinvio pregiudiziale (che, data la delicatezza del controllo, finisce così per essere assimilato a un vero e proprio accesso del giudice nazionale a un sindacato *accentrato* della Corte sugli atti interni volti a implementare le direttive comunitarie).

¹⁰⁸ Sent. *International Fruit Company*, 12 dicembre 1972, cause riunite da 21 a 24/72, in *Racc.*, 1219; *Id.*, *Kupferberg*, 26 ottobre 1982, causa 104/81, *Racc.*, 3641.

mato che tali accordi non possono neppure ricevere un uso parametrico nei confronti del diritto comunitario derivato¹¹⁰. E ciò, si badi, anche con riguardo a giudizi sollevati *dagli Stati membri* (non dagli individui)¹¹¹.

L'esempio citato, al di là del merito della vicenda, sta a evidenziare un collegamento tra i diversi strumenti di tutela/sanzione e tra l'utilizzo parametrico e quello diretto delle norme "superiori". Sebbene pecchi di raffinatezza teorica, il meccanismo per cui *prima* si evidenzia il contrasto tra normativa puntuale e principio "generico" e *poi* – dinanzi all'inerzia del potere politico – si trova il modo per superare tale contrasto ricorrendo a una qualche forma di autoapplicabilità del principio violato, è qualcosa di assai familiare alla Corte di giustizia¹¹². La quale, forte di questo dato d'esperienza, ha pensato bene di sbarrare il passo a qualsiasi

¹⁰⁹ Ciò, dapprima in forza della grande flessibilità che caratterizzerebbe le disposizioni del GATT e dell'OMC, poi in forza dell'argomento della "reciprocità" (trattamento riservato dagli altri maggiori contraenti dell'OMC a tali accordi): cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali, B. BONAFÉ, *Principio di reciprocità ed effetti diretti degli accordi internazionali della C.E.: in margine alla sentenza Portogallo c. Consiglio*, in *Dir. U.E.*, 2000, 611, 615; F. SNYDER, *The Gatekeepers...*, cit., 326 ss.

¹¹⁰ La superfluità del requisito dell'effetto diretto delle norme GATT, in quanto invocate solo come parametro di legittimità, era stata rilevata dallo stesso AG Saggio nelle conclusioni alla causa *Portogallo c. Consiglio* (sent. del 23 novembre 1999, C-149/96; conclusioni presentate il 25 febbraio 1999, in *Racc.*, 1999, 1-8397). Cfr., anche per la giurisprudenza ivi richiamata e confermata, la sent. *Van Parys*, del 1° marzo 2005, C-377/02. Rileva comunque il dato della vigenza di tali Accordi *anche* nell'ordinamento comunitario e non solo in quello internazionale, A. ROSAS, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in *EJLS*, 2007/2, in *www.ejls.eu*, 8, nt. 30, il quale (riferendosi al caso *Portogallo c. Consiglio*, cit.) evidenzia il loro possibile uso interpretativo; cfr. anche G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione delle norme OMC*, in *Il dir. dell'U.E.*, 2005/1, 143 s. e giurisprudenza ivi citata.

¹¹¹ Cfr. la sentenza *Germania c. Consiglio*, C-280/93, del 5 ottobre 1994, secondo cui l'impossibilità per i singoli di invocare le disposizioni dell'Accordo generale [GATT] impedirebbe di prendere in considerazione quest'ultimo *anche* come parametro di legittimità di un regolamento comunitario: cfr. le critiche di E. CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 119; G. TESAURO, *I rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in SIDI, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio*, Napoli 1998, 51, 59; J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO...*, cit., 106 ss.; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., 559, i quali rilevano l'ulteriore incongruenza della giurisprudenza comunitaria, volta a escludere anche il sindacato sugli atti comunitari adottati in ottemperanza alle decisioni di "condanna" dell'organo giurisdizionale dell'OMC (Appellate Body), e a negare che l'eventuale violazione delle norme dell'OMC possa far sorgere alcuna responsabilità extracontrattuale della Comunità verso i privati, poiché tali norme non sarebbero, in linea di massima, intese a conferire diritti ai singoli. Per un'analisi ponderata e aggiornata della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'uso parametrico dei trattati internazionali, cfr. M. MENDEZ, *The Legal Effect of Community Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, in *EJIL*, 2010, vol. 21, n. 1, 97 ss.

¹¹² Cfr. *supra*, i precedenti dei casi *Francovich* e *Brasserie du pêcheur*, cit.

tentativo di *judicial enforcement* degli Accordi OMC, escludendone *anche* il loro utilizzo “parametrico” nell’ambito di procedimenti “interstatali”¹¹³ (e non interindividuali).

A riprova di un simile schema, possiamo citare l’esperienza che si va maturando nel sistema CEDU: spesso è proprio dall’accertamento (compiuto a Strasburgo) di una contrarietà normativa statale con gli obblighi “di risultato” della Convenzione che scattano operazioni di implementazione di tali obblighi da parte delle autorità giudiziarie nazionali¹¹⁴. Il che vale, in parte, a ridimensionare la distinzione “sistemica” osservata sopra, basata sull’esistenza o meno di un collegamento processuale tra giudice nazionale e Corte “apicale” (collegamento presente nell’ordinamento comunitario ma non in quello CEDU). Le recenti casistiche, infatti, mostrano come il sistema CEDU vada orientandosi verso determinate direzioni *proprio* in virtù dell’origine *individuale* del ricorso¹¹⁵. La vera differenza, quanto a “effettività” di un sistema giuridico fondato su norme internazionali pattizie, sembra pertanto risiedere nell’esistenza di un ricorso *individuale* (accanto a quello *interstatale*) all’organo (giurisdizionale) competente ad accertare le violazioni del trattato e all’assenza di filtri “politici” alla ricevibilità del ricorso¹¹⁶.

Tornando, allora, al sistema comunitario e alla storica decisione *Van Gend & Loos*, la debolezza del sistema sanzionatorio comunitario che la Corte di Giustizia presentiva non era soltanto legata alla scissione tra

¹¹³ Nel senso di procedimenti sollevati da Stati contro organi comunitari (ricorsi che sottendono, naturalmente, i danni che una politica comunitaria di mancato rispetto dei vincoli OMC può recare agli interessi economici di uno Stato membro).

¹¹⁴ Cfr., in particolare, l’analisi del caso *Dorigo*, che verrà effettuata *infra*.

¹¹⁵ Cfr., in particolare, la tendenza della Corte europea dei diritti dell’uomo a vagliare più criticamente l’uso dell’art. 41 CEDU (ove è stabilito che la Corte può accordare un’equa soddisfazione alla parte lesa se l’ordinamento dello Stato responsabile della violazione *non permette, se non in modo imperfetto, di rimuovere le conseguenze di tale violazione*), preferendo alla mera “equa soddisfazione” monetaria la misura della *restitutio in integrum* (come, ad es., una nuova celebrazione, dinanzi ai giudici nazionali, di quei processi che fossero risultati “non equi” ai sensi dell’art. 6 CEDU). Tendenza che è stata “codificata” dallo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa (competente a sorvegliare la corretta esecuzione delle condanne della Corte da parte degli Stati membri), nel Regolamento del 10 maggio 2006, al punto 6.2, ove appunto è prevista la verifica che lo Stato condannato abbia adottato le «misure individuali... per assicurare che la violazione sia cessata e che la parte lesa sia posta, nella misura del possibile, nella situazione anteriore alla violazione della Convenzione». Per l’Italia, emblematico il caso *Dorigo*, su cui cfr. *infra*.

¹¹⁶ Filtri caduti con la riforma introdotta dal Protocollo XI, in vigore dal 1998: cfr. *supra*. Cfr. J.-F. FLAUS, *Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l’homme en juridiction constitutionnelle?*, in *Le Dalloz*, 2003, n. 25, 1640, secondo cui il diritto di ricorso individuale nella CEDU costituisce, allo stato attuale, la forma più avanzata e unica d’internazionalizzazione dello *status* dell’individuo.

sanzione dell'inadempienza statale (rilevabile con il giudizio d'infrazione) e diretta applicabilità del diritto comunitario (al posto di quello statale contrario, che formalmente la mera condanna a seguito del giudizio d'infrazione *non è* in grado di produrre). Essa era intimamente legata anche al fatto che soltanto la Commissione (o indirettamente gli Stati) – e *non il singolo* – potesse attivare tale rimedio sanzionatorio¹¹⁷. L'affidarsi della Corte di Giustizia all'azione dei privati, tra l'altro, ha permesso di superare il problema del "conflitto d'interessi" tra la funzione di vigilanza della Commissione e il suo fondamentale potere d'iniziativa legislativa, che rende(va) controproducente per la Commissione impegnarsi in rigorose procedure d'infrazione contro gli stessi Stati con cui è chiamata quotidianamente a trattare per l'approvazione di normative comunitarie¹¹⁸. Anche la recente vicenda dell'introduzione in Francia della "questione prioritaria di costituzionalità", del resto, può essere letta come una reazione compatta del giudice nazionale e della Corte di giustizia contro surrettizi tentativi del legislatore nazionale di depotenziare l'istituto del rinvio pregiudiziale, reazione che conferma la centralità e l'insostituibilità di un simile strumento a garanzia dell'effettività dell'ordinamento UE¹¹⁹.

¹¹⁷ Nella sent. *Van Gend & Loos*, cit., si afferma che, ove le garanzie contro la violazione statale di una norma autoapplicativa del Tr. Cee (l'art. 12) venissero limitate alla sola procedura d'infrazione, «i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta. Inoltre, il ricorso (alla procedura d'infrazione) rischierebbe di essere inefficace qualora dovesse intervenire solo dopo l'esecuzione di un provvedimento interno adottato in violazione delle norme del trattato». Cfr. R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, cit., 123. Quanto all'intreccio tra procedura d'infrazione e diritti dei singoli, occorre aggiungere che, sebbene la giurisprudenza della Corte di Giustizia escluda il diritto del singolo a che la Commissione attivi e prosegua una procedura d'infrazione (G. TE-SAURO, *Diritto comunitario*, cit., 289 s.), la stessa Corte si è fatta, però, carico dei diritti individuali affermando che, in ossequio alla responsabilità dello Stato *anche nei confronti dei singoli*, l'eventuale adempimento *tardivo* dello Stato non può impedire la prosecuzione di un giudizio d'infrazione già instaurato (*ibidem*, 292).

¹¹⁸ P.P. CRAIG, *Once upon a Time in the West...*, cit., 453 ss. Cfr. anche R. WILLIAMS, *The European Commission and the Enforcement of Environmental Law: an Invidious Position*, in *YEL*, 1995, 354 ss.

¹¹⁹ Come noto, il nuovo art. 61-1 della Costituzione francese che introduce il giudizio di costituzionalità in via incidentale dinanzi al Conseil Constitutionnel è stato attuato dalla *Loi organique* n. 2009-1523, il cui tenore letterale sembra obbligare il giudice *a quo* a sollevare prioritariamente al giudice costituzionale una questione relativa al contrasto tra legge interna e Costituzione, laddove il contrasto si ponga *anche* relativamente alle norme internazionali e dell'UE (norme il cui rispetto è predicato anche nell'art. 88-1 della Costituzione francese). L'eventuale risposta del Conseil constitutionnel nel senso dell'infondatezza della questione *anche alla luce del diritto dell'UE*, assumendo forza di giudicato costituzionale nell'ordinamento francese, sembrerebbe bloccare la strada a un successivo ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia. Simile ricostruzione interpretativa è stata ritenuta contraria con il TFUE (e con il po-

Per concludere sul punto, allora, occorre relativizzare la distinzione che si è soliti fare tra “uso parametrico” ovvero “uso diretto” (o “regolativo”) delle norme-principio, chiarendo come la fisionomia di queste ultime (e dunque le possibilità dei loro usi) tenda a variare in funzione del meccanismo processuale di controllo che presidia l'efficacia di tali norme.

3.3. *Una comune ratio sanzionatoria?*

Molti degli “ambiti” dell'autoapplicabilità che si è avuto modo di “mappare” al Capitolo I sembrano legati da un filo comune, ossia dalla *ratio* sanzionatoria del fenomeno in questione. Fin dove può spingersi tale *ratio* e fino a che punto può fornirci una chiave di lettura unificante?

Il modello paradigmatico sembra offerto dal diritto comunitario, ove, fin dalla notissima pronuncia *Van Gend & Loos* (cit.), fu subito chiaro come l'impalcatura della diretta efficacia delle norme dei Trattati istitutivi poggiasse su un generico principio di “sanzionabilità” dell'inerzia e/o delle violazioni dei Trattati istitutivi da parte degli Stati membri. In essa la Corte affiancò il rinvio pregiudiziale al sistema sanzionatorio delle azioni promosse dalla Commissione contro gli Stati, quasi a svolgere un giudizio di insufficienza di quest'ultimo:

«(l)a vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce d'altronde un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri»¹²⁰.

tere-dovere dei giudici nazionali di ricorrere al rinvio pregiudiziale, *ex art.* 267) dalla Cassazione francese e immediatamente “impugnata” dinanzi alla Corte di giustizia, la quale ha ricordato come, secondo la propria costante giurisprudenza, il rinvio pregiudiziale costituisce un «sistema di cooperazione» giudiziaria che esige, «al fine di garantire la primazia del diritto dell'Unione», la libertà del giudice nazionale di poter rivolgere alla Corte di giustizia «qualunque questione pregiudiziale che egli giudichi necessaria», «in qualsiasi momento del processo che egli giudichi opportuno» (caso *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, del 22 giugno 2010, § 52), discendendo dall'art. 267 del TFUE che i giudici nazionali possano disapplicare, «di propria iniziativa» qualsiasi disposizione legislativa nazionale contrastante col diritto UE, «senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale», senza che tale potere dei giudici nazionali possa essere pregiudicato da un sistema di sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi previsto nell'ordinamento nazionale (§§ 43 ss.): cfr. F. FABBRINI, *Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. cost.*, 2010/4, 840 ss.; S. DONDI, *Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, ivi, 843 ss.

¹²⁰ Cfr. P.P. CRAIG, *Once upon a Time in the West...*, cit., 1992, 453 ss.; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 20, 28; R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, cit., 123; E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, cit., 21 s.; 110. Che la Corte di Giustizia avesse visto giusto, può essere apprezzato guardando a quanto vige nei riguardi del

Il che fu di lì a poco contestato da un giudice nazionale, il quale, non senza fondamento, obiettò che gli effetti diretti attivabili per mezzo del rinvio pregiudiziale rappresentano un istituto che giunge a produrre vincoli *più forti* della stessa condanna per infrazione (che, allora come oggi, non può determinare l'annullamento o la disapplicazione del diritto nazionale *anti-comunitario*)¹²¹. Obiezione non aggirabile se non, appunto, riconoscendo un autentico ruolo sanzionatorio (di “*enforcement*”) della dottrina degli effetti diretti¹²². Ma la logica sanzionatoria è ancora più evidente, nella giurisprudenza successiva, con riguardo alle direttive e alla loro omessa o infedele trasposizione¹²³.

Venendo alle norme costituzionali, alla radice della prima e fondamentale teorizzazione volta a patrocinarne la potenziale autoapplicabilità¹²⁴ stava la «consapevolezza del carattere non transitorio né eccezionale delle mancate attuazioni verificatesi nei primissimi anni di vita della Costituzione, e dunque della astrattezza e velletarietà della proclamazione dell'esistenza di obblighi rimessi unicamente all'adempimento degli organi di indirizzo politico»¹²⁵. In altre parole, si tratta della presa d'atto dell'inadeguatezza/inesistenza di sanzioni giuridiche contro l'iner-

GATT/OMC, ossia la *mera possibilità* per i privati di rivolgere la propria doglianza – circa la violazione degli accordi GATT/OMC – alla Commissione affinché questa azioni, “nell'interesse della Comunità europea”, i meccanismi di soluzione delle controversie tra i Membri GATT/OMC. Uno schema che ha dato risultati assai scarsi: PICONE, LIGUSTRO, *op. cit.*, 561 ss.

¹²¹ Cfr. il punto B delle motivazioni della sent. *Molkerei-Zentrale*, causa 28/67, del 4 aprile 1968. A ciò, si aggiunge l'obiezione che il TCE attribuisce alla Corte il potere di dichiarare, *incidenter tantum*, l'invalidità dei *soli* atti comunitari derivati (non di quelli statali): A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 48.

¹²² Cfr. ancora CRAIG, *Once upon a Time in the West...*, cit., 462, che rileva come, in quell'occasione, la Corte si limitò ad obiettare che il ricorso individuale riveste effetti “*inter partes*”, essendo volto alla tutela dei diritti nel singolo caso. Il passaggio sarà più ampiamente affrontato sotto, § 5.

¹²³ «(L)'efficacia diretta delle direttive viene... ricostruita dalla Corte con una funzione marcatamente ancillare rispetto al corretto esercizio, da parte degli Stati membri, dei poteri che l'art. 249 riconosce loro o, se si vuole, come una forma di sanzione interna dell'inadempimento degli obblighi che da questa discendono. Il fenomeno ne risulta caratterizzato (e limitato) conseguentemente»: S. AMADEO, *op. cit.*, 64 s. Nel noto caso *Faccini Dori* (sent. 14 luglio 1994, C-91/92, che riprende l'originaria impostazione della sent. *Ratti*, del 5 aprile 1979, causa 148/78), la Corte ritenne «inaccettabile che lo Stato al quale il legislatore comunitario prescrive l'adozione di talune norme volte a disciplinare i suoi rapporti... con i privati e a riconoscere a questi ultimi il godimento di taluni diritti po[ss]a far valere la mancata esecuzione dei suoi obblighi al fine di privare i singoli del godimento di detti diritti». Cfr. anche la ricostruzione di P.P. CRAIG, *op. cit.*, 472 ss. (sulla funzione – attivata dai privati mediante il ricorso pregiudiziale – di “monitoraggio” sulla corretta trasposizione interna delle direttive).

¹²⁴ Ossia la più volte citata opera di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit.

¹²⁵ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, cit., 40.

zia del potere politico¹²⁶. Traccia genetica che pervade tutto il successivo sviluppo delle c.d. “tecniche” della nostra giustizia costituzionale, partendo dalle decisioni interpretative di rigetto per giungere alle c.d. “sentenze additive di principio”. Di tali tecniche chiara è la logica sanzionatoria, specie nel caso in cui decisioni additive giungano a seguito di quella sorta di “messa in mora” del legislatore che sono le c.d. sentenze “monito”¹²⁷. Con le additive di principio, infatti, a differenza delle normali decisioni additive, l’incostituzionalità viene pronunciata proprio nel punto in cui la legislazione è *carente di un qualcosa* che la norma o le norme costituzionali impongono¹²⁸. In questo modo, è l’inerzia legislativa *in quanto tale* a venir sanzionata dalla Corte, e proprio a tal fine i giudici comuni sono chiamati a procedere autonomamente, *senza attendere* l’intervento del legislatore¹²⁹.

Forse in modo meno appariscente, simile logica sanzionatoria sottende anche i fenomeni di autoapplicabilità delle norme contenute nei trattati internazionali muniti dell’ordine d’esecuzione e privi del c.d. adattamento ordinario. Innanzitutto, può osservarsi come uno degli indici che induce la dottrina a ritenere un trattato non *self-executing* consiste, spesso, nell’esistenza di una procedura sanzionatoria (o comunque di risoluzione delle controversie) prevista dallo stesso trattato *sul piano in-*

¹²⁶ Cfr. F. MODUGNO, *La “supplenza”...*, cit., 4 s.

¹²⁷ Sul valore delle c.d. “sentenze-monito”, cfr. però la diversa lettura che ne dà F. MODUGNO, *La “supplenza”...*, cit., 45 ss., che si contrappone a quanto affermato da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 326. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008, 267 s., rileva la tendenza a sostituire le sentenze-monito con decisioni di inammissibilità per pluralità di soluzioni legislative idonee a rimediare all’incostituzionalità, decisioni di inammissibilità cui, tuttavia, possono seguire sentenze “additive di principio”.

¹²⁸ Lo schema sanzionatorio, del resto, è ancora più evidente nel modello tedesco, ove, come accennato nella nota successiva il BverGE espressamente ammette che il prolungarsi dell’inerzia legislativa, dopo la pronuncia di “mera incompatibilità” da esso stesso pronunciata, fa scattare l’obbligo dei giudici comuni di dar seguito autonomamente all’incostituzionalità dichiarata (ossia: fa scattare la sanzione di un’implementazione “sostitutiva”).

¹²⁹ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 274 s. (che svolge un parallelo tra sentenze additive di principio e sentenze di “mera incompatibilità” del Tribunale costituzionale tedesco). Lo stesso modello decisionale tedesco, del resto, non è affatto rigido, potendo la sentenza di “mera incompatibilità” trasformarsi, da non-autoapplicativa e vincolante il solo legislatore, in autoapplicativa (vincolante per il giudice comune), e ciò in presenza di una perdurante inerzia legislativa: cfr. BverfGE 82, 126 («Eine Aussetzung der Gerichtsverfahren wegen einer verfassungswidrigen Rechtslage kann deswegen nur für eine begrenzte Zeit hingenommen werden. Bereinigt der Gesetzgeber den Verfassungsverstoß nicht in angemessener Frist, dann müssen die Gerichte, wollen sie nicht selbst verfassungswidrig handeln, die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten fortführen und verfassungskonform entscheiden»), in cui lo stesso Tribunale costituzionale fissa un termine temporale preciso. Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca*, Torino 2002, 226, 320 ss., 357 ss.

*ternazionale*¹³⁰. Come a dire: la sanzione o il rimedio per eventuali violazioni interne delle norme convenzionali è già stata prevista, appunto, su un piano diverso da quello dell'applicazione interna dei vincoli pattizi.

Tuttavia, in presenza di una accresciuta sensibilità del giudice – sia interno che esterno – per l'effettività della sanzione contro le violazioni del trattato, può assistersi a un'evoluzione di simile assetto. Come ben dimostra la questione degli effetti delle condanne pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, fenomeni di diretta applicazione delle norme CEDU da parte dei giudici interni tendono a presentarsi come modalità di ottemperanza alla pronuncia che ha accertato la violazione, specie quando la sola sanzione internazionalistica si riveli ineffettiva, come il noto caso *Dorigo* evidenzia¹³¹. Ovvero, quando la sanzione più efficace (come l'espulsione dal Consiglio d'Europa) si dimostri altamente implausibile¹³². Né si tratta, probabilmente, di un fenomeno relativo alla sola CEDU¹³³.

¹³⁰ Cfr., criticamente, Y. IWASAWA, *op. cit.*, 682; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 314 s.; E. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani...*, cit., 288. L'approccio è seguito dalla Corte di Giustizia, con riguardo agli accordi GATT/OMC (cfr., in particolare, la sent. *Portogallo c. Consiglio*, cit., su cui cfr. *infra*). Ma cfr. la giurisprudenza italiana che, in passato, ha neutralizzato simile approccio, ritenendo che eventuali clausole compromissorie contenute in un trattato, essendo attivabili solo dagli Stati e non dai singoli, non limitano in alcun modo i compiti interpretativi del giudice interno (cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, 87 ss.).

¹³¹ Si è già visto sopra come il Comitato dei ministri avesse, nel caso *Dorigo*, ripetutamente e inutilmente invitato il nostro Stato a riaprire il processo penale nei confronti del ricorrente, quale misura di ottemperanza alla condanna emessa dalla Commissione EDU. Dopo quasi dieci anni di sforzi processuali del ricorrente, la Cassazione giungeva, in sede di incidente di esecuzione, a dichiarare *inefficace* il titolo esecutivo della condanna detentiva, ex art. 670 c.p.p., posto che il giudicato penale deve essere dichiarato ineseguibile laddove gli organi giurisdizionali CEDU abbiano accertato l'illegittimità della condanna e riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio (Cass. pen., n. 2800 del 2006, cit.). La Cassazione inserisce il suo discorso all'interno una logica di "effettività della tutela", posto che, rifiutando un simile esito processuale interno e adducendo la lacuna legislativa circa la possibilità di rinnovare il processo, si sarebbe vanificato il diritto del ricorrente riconosciuto a Strasburgo, la cui soddisfazione sarebbe potuta giungere a condanna ormai scontata (con ciò ritenendo *inadeguata* la mera sanzione internazionalistica cui eventualmente si espone il nostro Stato non ottemperando al giudizio di Strasburgo).

¹³² Espulsione che può essere decretata dal Comitato dei ministri, ai sensi dell'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa, invocando la grave violazione dei principi della "rule of law" e del godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali (art. 3 dello Statuto), cui andrebbe ricondotta anche la ripetuta inottemperanza alle sentenze di condanna emesse dalla Corte EDU contro uno Stato (cfr. E. LAMBERT ABDELGAWAD, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Strasburgo 2008, 44 s.). La misura non è mai stata adottata (solo nel caso *Loizidou c. Turchia* il Comitato dei ministri ha ufficialmente minacciato l'espulsione della Turchia: Risoluzione interinale del 26 giugno 2001).

¹³³ Per un caso relativo ai rapporti tra Corti statali e Corte interamericana, cfr. BUERGENTHAL, *op. cit.*, 391, che parla di tendenza delle corti statali a ritenere autoapplicabile nel-

Vale la pena aggiungere che decisioni come quella della nostra Casazione sul citato caso *Dorigo* trasformano il *verso* dell'inerzia del legislatore statale: l'inerzia non è più a danno del solo individuo (privo di strumenti per riaprire il processo ma la cui condanna irrogata in violazione della CEDU viene almeno sospesa), ma anche a danno dello Stato inadempiente (che non potrà più eseguire le condanne irrogate in violazione della CEDU, subendo restrizioni alla sua potestà punitiva, almeno finché non si determina a introdurre l'istituto della riapertura dei processi in esito alle condanne CEDU).

Passando all'ambito del diritto regionale, abbastanza chiaramente la logica sanzionatoria emerge anche nei rapporti tra legislazione statale e regionale nelle materie di competenza ripartita, posto che una delle principali giustificazioni addotte a favore della disciplina statale di dettaglio autoapplicativa risiede(va), appunto, nell'insufficienza di sanzioni alternative a quella sorta di "sostituzione preventiva" che è l'introduzione di norme di dettaglio "cedevoli", a corredo di quelle "di principio"¹³⁴. Potrebbe dirsi che simile ricostruzione non vale per i rapporti con gli ordinamenti speciali delle Province autonome di Bolzano e Trento, per i quali vige solo un obbligo di adeguamento sanzionabile con un giudizio d'incostituzionalità della norma provinciale contraria a quella di principio statale (d.lgs. n. 266/1992, art. 2). Come si avrà modo di vedere, tuttavia, si tratta di un'eccezione che conferma la regola¹³⁵.

Per ciò che riguarda il referendum, l'impostazione è analoga a quanto verificatosi riguardo al riparto di competenze legislative statali e regionali. Se nell'ambito regionale è stata ritenuta scarsamente plausibile

l'ordinamento interno ciò che le corti internazionali dichiarano direttamente applicabile dal p.d.v. degli obblighi internazionali.

¹³⁴ Cfr. C. cost., sent. n. 214/1985, che considera «assurdo risultato» l'eventualità che i nuovi principi statali restino «senza effettiva applicazione, sicché risulterebbe compromessa l'intera regolamentazione della materia alla quale essi si riferiscono». Cfr. P. CARETTI, *Indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1992, 345; M. GALDI, *A proposito delle norme di dettaglio contenute nelle leggi-cornice*, in *Giur. cost.*, 1993, 2922 s.; L. ANTONINI, *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli?*, nel sito <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>. Il ragionamento seguito dalla sent. n. 214/1985 può dirsi, in qualche modo, preconizzato dalla sent. n. 142/1972, sul trasferimento di funzioni statali alle regioni in materia di agricoltura, in cui la Corte ammette che lo Stato mantenga rilevanti poteri sostitutivi nei confronti delle Regioni (secondo lo schema delle funzioni delegate, anziché quello del trasferimento di funzioni, più coerente con la competenza legislativa regionale), onde scongiurare il rischio dell'inadempimento di decisioni comunitarie sulla politica agricola (stante l'inadeguatezza di meri poteri di indirizzo, che escludono quelli di sostituzione).

¹³⁵ Cfr. *infra*, § 4.

la sanzione all'inerzia regionale offerta dall'art. 126 Cost. (scioglimento del Consiglio regionale che non abbia tempestivamente adeguato la legislazione regionale ai "nuovi principi" statali)¹³⁶, nell'ambito del referendum abrogativo è stata ritenuta *inadeguata* la sanzione di un'eventuale "messa in mora" del legislatore rispetto all'obbligo di dar seguito a un referendum "non autoapplicativo" su leggi (elettorali) costituzionalmente necessarie. La Corte lo ha affermato espressamente, riferendosi all'istituto della ritardata dichiarazione presidenziale dell'esito abrogativo¹³⁷. Ma potrebbe, più in generale, interpretarsi secondo simile logica il più generico divieto di referendum abrogativi "di principio": il giudizio sulla "completezza-univocità" ovvero sulla congruenza "mezzi-fini" con cui, sostanzialmente, la Corte esclude l'ammissibilità di referendum meramente "di principio", in fondo, potrebbe essere letto come un giudizio sulla inadeguatezza dei rimedi che l'ordinamento offre contro l'eventuale inerzia del legislatore. Non si tratta solo della tutela dell'elettore (che non deve essere chiamato a votare su referendum inutili, *ergo* ingannevoli)¹³⁸, ma, più a monte, della presa d'atto che l'eventuale decisione "di principio" assunta direttamente dal corpo elettorale non sarebbe poi assistita da alcuna effettività (inadeguatezza della mera responsabilità politica dei parlamentari nei confronti del corpo elettorale, da un lato, sproporzione dello strumento dello scioglimento anticipato delle Camere per mancato rispetto della volontà popolare, dall'altro). In assenza, dunque, di una sanzione "efficace", "proporzionata" o semplicemente plausibile dell'inerzia legislativa, il rimedio ammesso dalla Corte sta nella più accentuata (sebbene non illimitata) manipolatività del quesito (ossia, un *surplus* di potere in capo ai promotori)¹³⁹.

¹³⁶ Cfr. F. CUOCOLO *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, cit., 230; S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 138.

¹³⁷ «(A)nche ad ammettere, per pura ipotesi, che sussista un dovere del Parlamento, *oltre che di natura politica, anche di carattere giuridico-costituzionale*, di attuare e condurre a pieno effetto la volontà espressa dal corpo elettorale attraverso il referendum abrogativo, è decisivo rilevare che *di fronte all'inerzia del legislatore, pur sempre possibile, l'ordinamento non offre comunque alcun efficace rimedio*»: C. cost., sent. 5/1995, punto 2.6 della motivazione (corsiivi aggiunti); analogamente C. cost., sent. 26/1997, punto 5. Cfr. la critica di A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale lega le mani a se stessa*, in *Foro it.*, 1997, I, 3119, secondo cui, seguendo la logica della Corte sui referendum elettorali, si «imputa al legislatore referendario l'inerzia – peraltro eventuale – del legislatore ordinario».

¹³⁸ Cfr. F. MODUGNO, *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi...*, cit., 1822; R. BIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni "referendarie" del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 226 s.

¹³⁹ In altre parole, per evitare sia il blocco del potere referendario su certe materie, sia la costante operatività di organi costituzionali elettivi, viene tollerata una certa forma di ma-

A ulteriore chiarimento dei profili comuni tra referendum manipolativi e sentenze additive di principio, va rammentato che entrambe le “tecniche” fanno la loro comparsa allo scopo di superare il potere *di blocco* che la “prudenza” della giurisprudenza costituzionale aveva finito per attribuire al legislatore a danno sia del potere di garanzia costituzionale¹⁴⁰, che del potere referendario¹⁴¹. E in entrambi i casi, come visto anche con riguardo al potere dello Stato di adottare normative “cedevoli” provvisoriamente attuative dei principi *ex art. 117 Cost.*, la Corte delinea come “precarì” i poteri di implementazione dei giudici (per le additive di principio) e quelli dei promotori del referendum, essendo preferibile l’implementazione del legislatore.

Interessante rilevare come, a volte, la logica “rimediale” e “sanzionatoria” si sia verificata, con riguardo alla diretta applicabilità della Costituzione, per autonoma iniziativa dei giudici comuni, senza avallo della Corte costituzionale. Un esempio assai eloquente è quello della pionieristica giurisprudenza della Corte dei conti sul danno ambientale. Affermando la propria competenza a giudicare sul danno erariale causato all’interesse diffuso alla conservazione dell’ambiente da parte dei pubblici dipendenti, il giudice contabile affermò che non si trattava di un’impropria «supplenza del giudice» (all’operato del legislatore), bensì di ossequio a «un preciso comando legislativo», invocando, in particolare, gli artt. 9 e 32 Cost., i quali «sanciscono obblighi di tutela»¹⁴². Il profilo significativo sta, però, nel motivo profondo per cui la Corte dei conti giungeva ad autoproclamarsi “giudice naturale” del danno ambientale causato da pubblici funzionari, ossia quello della *ineffettività* della sanzione alternativa al danno erariale. La sola sanzione, all’epoca, formalmente

nipolatività-elaboratezza del quesito (che nei referendum elettorali ha condotto all’utilizzo di norme previgenti per scopi del tutto “nuovi”, anche se il fenomeno è stato descritto in termini di mera “espansione” di norme preesistenti e di autointegrazione ordinamento), assieme a un certo grado di “eterogeneità” del quesito (all’elettore viene proposta la contemporanea scelta di un “principio abrogativo” e di un “determinato mezzo” (la normativa di risulta autoapplicativa), mezzo che, come tale non è indefettibile (cfr. F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 1799 s.). Come per le sentenze additive di principio della Corte, tuttavia, al legislatore viene lasciato uno spazio d’intervento per l’adozione, appunto, dei mezzi che ritiene più opportuni per il raggiungimento del fine proposto dai promotori e scelto dal corpo elettorale (cfr. sentt. 32/1993 e 15/2008; G. FLORIDIA, *op. loc. ult. cit.*).

¹⁴⁰ Impossibilità di dichiarare la violazione di un principio costituzionale, stante la pluralità di alternative possibili per implementarla, ovvero stante l’assenza delle crisafulliane “rime obbligate”.

¹⁴¹ Cui venivano sottratte intere materie, ulteriori rispetto all’art. 75 Cost. Cfr. *supra*.

¹⁴² Cfr., tra le altre, C. d. conti, sez. I, dec. 8 ottobre 1979, n. 61, in *Foro it.*, III, 1979, 593 ss.

presente nell'ordinamento appariva, infatti, la responsabilità *disciplinare* del funzionario resosi colpevole dell'omesso o cattivo controllo sul rispetto degli standard ambientali da parte dei privati (imprese inquinanti, costruttori edili, ecc.). Una simile sanzione, tuttavia, finiva per rimettere la tutela dell'ambiente alla decisione degli stessi soggetti pubblici che avevano contribuito alla violazione (in un conflitto di interessi che la Corte dei conti intendeva, appunto, scongiurare, quando inaugurò la sua giurisprudenza "pretoria" in materia)¹⁴³.

Ma, per restare nell'ambito della diretta applicazione giudiziaria delle norme costituzionali, analoga impostazione la si ritrova nell'avallo offerto dalla Corte costituzionale alla giurisprudenza dei giudici civili sulla risarcibilità dei danni non patrimoniali derivanti da lesione di diritti inviolabili costituzionalmente fondati. La Corte vede, in tale peculiare tutela risarcitoria, una "tutela minima" dei diritti inviolabili che il legislatore non potrebbe negare¹⁴⁴.

3.4. (Segue) *Il caso della legge delega: un'eccezione che conferma la regola?*

Per venire, infine, all'ambito della delega legislativa, nota è la problematica circa la natura obbligatoria o meno dell'attuazione della delega da parte del governo¹⁴⁵. Al di là delle diverse opzioni interpretative, è normalmente rimarcata l'assenza di sanzioni giuridiche contro l'eventuale inerzia del Governo, per il quale varrebbe la sola sanzione politica – mai scattata – della responsabilità verso il Parlamento¹⁴⁶. L'obbligatorietà è, semmai, opportunisticamente invocata dal Governo dimissiona-

¹⁴³ Cfr. C. d. conti, sez. I, dec. 8 ottobre 1979, n. 61, cit., in cui si rileva l'inidoneità – a tutelare i beni costituzionali in gioco – della sanzione disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici colpevoli di violazioni delle norme ambientali, per via dell'evidente conflitto di interessi e della non imparzialità del superiore gerarchico.

¹⁴⁴ Cfr. sent. n. 184/1986. Come dire: ogni altra sanzione giuridica della violazione di quei diritti che negasse il risarcimento dei danni extrapatrimoniali sarebbe *inadeguata*. Ma su questi orientamenti della giurisprudenza costituzionale e comune, cfr. *infra*.

¹⁴⁵ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 220 s.

¹⁴⁶ P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 2004, 249; A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione in sistema*, Torino 1993, 317 s. (in cui si ipotizza pure il conflitto di attribuzioni sollevato dalle Camere contro il Governo inadempiente alla delega, per evidenziare che, volendo, la giuridicità del vincolo per il Governo non potrebbe in astratto dirsi sfornita di rimedi giuridici, e che, tuttavia, tali rimedi appaiono poco praticabili. Per l'A., infatti, la giuridicità e sanzionabilità del vincolo comporterebbe l'assunzione di un delicato ruolo in capo alla Corte costituzionale, chiamata a giudicare quando la delega è stata "pienamente" attuata o meno, ossia comporterebbe il rischio di una giurisprudenza «ipercreativa». È dunque più per ragioni «pratiche» che «teoriche», che ha finito per affermarsi la logica della facoltatività della delega e/o della mera sanzionabilità politica del Governo).

rio, il quale, pur privo di fiducia, giustifica l'esercizio di poteri legislativi sulla scorta dell'imminenza dello scadere del termine¹⁴⁷.

In tale ambito, i dati giurisprudenziali sono assai scarni. Dalla riluttanza, comunque, mostrata dalla Corte costituzionale nel sindacare attuazioni lacunose della legge di delega¹⁴⁸, potrebbe ricostruirsi un modello secondo il quale l'attuazione della delega, per avere come destinatario espresso il Governo, non può che rientrare nell'ambito dell'ordinario rapporto fiduciario¹⁴⁹. Trasformata nei termini del modello "sanzionatorio" dell'autoapplicabilità, simile ricostruzione cela un giudizio di "sufficienza" della sanzione della mera responsabilità politica – del Governo verso il Parlamento – per l'inattuazione delle "direttive" contenute nella legge di delega¹⁵⁰.

Gli spunti per rimediare a una simile carenza, del resto, non sembrano potersi rinvenire nella nota decisione con cui la Corte ha apparentemente ammesso un'immediata e autonoma vigenza delle norme "di principio" della legge delega, a prescindere da un'eventuale attuazione governativa di quest'ultima¹⁵¹. In quel caso, infatti, le argomentazioni della Corte sono finalizzate (prevalentemente se non esclusivamente) ad ammettere l'impugnazione in via diretta della legge delega da parte delle Regioni¹⁵² e nulla ci dicono circa l'immediata (o comunque autonoma) vi-

¹⁴⁷ L. PALADIN, *op. ult. cit.*, 221.

¹⁴⁸ Cfr. C. cost., ord. n. 257 del 2005, di rigetto di una questione sull'illegittimità di un decreto legislativo per incompleta attuazione della delega, in cui la Consulta ha ritenuto che l'esercizio incompleto della delega, non mirando al suo "stravolgimento", non può dar luogo a vizi di costituzionalità (conformemente a C. cost., sentt. 149/05, 218/87, 8/77 e 41/75), ma non ha dato alcun rilievo al fatto che il principio della delega non attuato consisteva in una disciplina sicuramente autoapplicativa («l'abrogazione del secondo e terzo periodo del comma 7 dell'art. 126 del codice della strada», e cioè della sanzione accessoria del fermo amministrativo del veicolo in conseguenza della violazione di guida con patente la cui validità sia scaduta: co. 1, lett. *mm*), dell'art. 2, rubricato *Principi e criteri direttivi*, della l. n. 85/2001, "Delega al Governo per la revisione del nuovo codice della strada").

¹⁴⁹ Cfr. sent. 245/2007, punto 3.1, secondo cui la norma delegante di una legge delega (nonostante essa sia stata poi identicamente riprodotta dal decreto legislativo) avrebbe «spiegato effetti, nel periodo della sua vigenza, solo nei confronti del Governo. Di conseguenza, essa non poteva essere applicata nei giudizi *a quibus* e quindi doveva essere considerata come irrilevante nell'ambito degli stessi» (trattasi di una disciplina transitoria prevista dalla riforma dell'ordinamento giudiziario sia dalla l. 150/2005 che dal d.lgs. 20/2006).

¹⁵⁰ Cfr. C. cost. 8/1977, che rigetta una questione in materia di carente disciplina dell'infortunio c.d. "*in itinere*", sulla quale il Governo era stato inutilmente delegato a legiferare. La Corte, pur rilevando «la inequivoca imperatività della delega», afferma che «la omissione del legislatore delegato può comportare evidentemente una sua responsabilità politica verso il Parlamento, non certo una violazione di legge costituzionalmente apprezzabile».

¹⁵¹ Sent. 224/1990.

¹⁵² «(A) *i fini della valutazione della ricorrenza dell'interesse ad agire delle regioni...* nei giudizi di costituzionalità in via principale, decisivo è il particolare contenuto normativo dei

genza delle norme di principio contenute nella delega stessa¹⁵³. Anzi, la questione della vigenza di tali norme ai fini dell'attualità della lesione delle competenze regionali viene dalla Corte accuratamente distinta da quella della vigenza ai fini dell'applicabilità ai «rapporti della vita»¹⁵⁴.

A differenza del meccanismo valevole per le direttive dell'UE, le deleghe inattuare non sembrano sollevare, per il giudice italiano e la stessa Corte costituzionale, alcun problema di efficacia della sanzione contro l'inerzia del soggetto politico delegato e nessuno spiraglio sembra aprirsi per quella sorta di "sostituzione sanzionatoria" del giudice nell'implementazione dei disposti "di principio" rimasti inattuati¹⁵⁵. È chiara la differenza di *ratio*: nelle direttive v'è, come minimo, un problema di uniformità di trattamento dei "cittadini comunitari" in tutti gli Stati membri allo scadere del termine di trasposizione, problema che per le deleghe legislative non può certamente porsi¹⁵⁶. E, tuttavia, se si pensa all'altro fon-

«principi e criteri direttivi» di volta in volta considerati, nel senso che non può escludersi che, in ragione del loro grado di determinatezza e di inequivocità, ricorrano ipotesi normative sufficientemente precise e tali da poter dar luogo ad effettive lesioni delle competenze regionali» (punto 2, sent. 224/90 cit., corsivi aggiunti).

¹⁵³ Per un interessante spunto circa la vigenza "autonoma" delle norme di principio della legge delega, cfr. A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, cit., 326, che osserva come tali norme non vengano caducate a seguito della caducazione dei decreti legislativi successivi.

¹⁵⁴ «(L)'attualità dell'interesse a ricorrere nei giudizi di legittimità costituzionale sulle leggi dev'esser valutata, non già in relazione alla effettiva producibilità di effetti delle singole disposizioni e, *tantomeno*, alla concreta applicabilità delle stesse nei rapporti della vita, ma, piuttosto, in relazione all'esistenza giuridica delle disposizioni impugnate nell'ordinamento giuridico. Ed è perciò che l'art. 2, co. 1., della l. Cost. n. 1/1948 (...) e l'art. 32, co. 2, della l. n. 87/1953 (...), fanno decorrere il termine per la promozione dell'azione di legittimità costituzionale «dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forza di legge», e non già dal momento in cui le disposizioni in esse contenute diventano concretamente efficaci nei rapporti della vita» (sent. 224/90, *ibidem*, corsivi aggiunti). Che i "rapporti della vita", in assenza di attuazione della delega, siano destinati a restare privi di disciplina, sembra trasparire dalla stessa motivazione della Corte, laddove la natura di "comuni" norme giuridiche rivestita dai principi e criteri direttivi della delega viene illustrata solo invocando la loro utilizzabilità «a fini interpretativi» ovvero in qualità di «norme interposte» concorrenti a formare «il parametro di costituzionalità dei decreti legislativi delegati» (*ibidem*). Cfr. M. SICLARI, *A proposito della sindacabilità delle leggi di delega da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 1511 e 1513 s. Nella sent. n. 94/1995 (punto 2) la Corte ha qualificato il precedente della sent. n. 224/1990 come un giudizio su «disposizioni di legge non ancora efficaci o ad efficacia differita».

¹⁵⁵ Cfr. Cass. civ., sez. trib., 15 gennaio 2004, n. 455, cit., che espressamente rifiuta l'analogia con lo schema delle direttive comunitarie, per poi escludere l'indagine sui contenuti materiali della delega, ammettendo invece la diretta applicabilità delle sole disposizioni di cui il legislatore delegante *espressamente* dichiara l'immediata entrata in vigore.

¹⁵⁶ Non è un caso, dunque, che le poche volte in cui è scattata l'autonoma vigenza dei principi e criteri direttivi, si trattava proprio di deleghe volte a trasporre *direttive comunitarie*, la cui natura "self-executing", fra l'altro, ha finito per rivestire un profilo assorbente ri-

damento della logica sanzionatoria valevole per le direttive UE (impossibilità che lo Stato si giustifichi dinanzi al privato adducendo il proprio comportamento negligente), resta il problema di come giustificare, dinanzi al soggetto che invoca *un diritto* o comunque una situazione di vantaggio prevista da un “principio” della legge delega, un rifiuto puramente fondato sul comportamento negligente del potere politico¹⁵⁷. In questi termini, l'esistenza del legame fiduciario tra Parlamento e Governo potrebbe smentire la tesi dell'incoercibilità della delega: se è vero che, potendo chiamare il Governo a responsabilità per una tempestiva/completa realizzazione della delega, il Parlamento è rimasto inerte, se ne deve allora dedurre che – secondo la logica sanzionatoria delle direttive comunitarie – è in fondo lo stesso Parlamento (o meglio, lo stesso potere politico globalmente inteso) a pretendere di giustificarsi adducendo il proprio inadempimento¹⁵⁸.

Il problema assume sfumature ancora diverse quando la legge delega venga utilizzata per il c.d. adattamento ordinario di un trattato, pure

spetto a qualsivoglia inquadramento della delega legislativa (C. cost., sent. 168/1991, commentata da F. SORRENTINO, *Delega legislativa e direttive Comunitarie direttamente applicabili*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 1418 ss.; C. cost., sent. 536/1995, su cui cfr. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1201).

¹⁵⁷ Cfr. Cass., sez. lav., 10 marzo 1992, n. 2883, che, riprendendo l'assunto di C. cost. 8/1977, cit., secondo cui la legge delega ha «come unico destinatario il Governo» e che «i principi in essa fissati sono privi di autonomo vigore normativo», esclude qualsiasi indagine circa la diretta applicabilità della disposizione volta a tutelare l'infortunio *in itinere*, per aver il Governo omesso di attuare la delega *in parte qua*. Cfr. anche il caso dell'art. 17, co. 1, lett. f), l. 59/1997, che delegava il Governo a fissare un indennizzo (forfetario e a corresponsione automatica) in caso di mancata o ritardata adozione del provvedimento – anche negativo – oltre il termine finale del procedimento; all'inattuazione della delega da parte del Governo, faceva seguito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (A.p., sent. n. 7 del 15 settembre 2005), che (quanto al caso di ritardato provvedimento *negativo*) rilevava laconicamente la mancata attuazione della delega, assieme con l'assenza, dopo la scadenza del termine, di iniziative per rinnovare la stessa delega o prorogare il termine (con ciò dando per scontata l'automatica decadenza delle norme contenute nella delega). L'orientamento è stato ribadito da TAR Lazio-Latina, sez. I, sent. n. 98 del 13 febbraio 2008), secondo cui la disposizione «ha carattere programmatico e non può essere oggetto di immediata applicazione in assenza di un intervento attuativo del legislatore».

¹⁵⁸ Diversa è l'impostazione di chi afferma che, al pari del rapporto tra direttive CE e legislazione interna, anche nel caso delle deleghe inattuate vi sarebbe un rapporto tra organi distinti (Parlamento e Governo), il secondo dei quali obbligato ad implementare le norme poste dal primo (nella legge delega), per cui, laddove possibile, dovrebbe chiamarsi il Governo a risarcire i danni causati ai singoli dal suo comportamento omissivo: A. PIAZZA, *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Milano 2001, 340 s. (il quale si rifà espressamente al modello della giurisprudenza *Francovich* della Corte di Giustizia, ipotizzando un “combinato disposto” tra art. 28 Cost. e art. 2043 c.c., per far valere la responsabilità civile da omissione colpevole da parte dello Stato che cagioni una violazione dei diritti individuali).

assistito dall'ordine di esecuzione¹⁵⁹. In simili casi, laddove il trattato riconosca un diritto individuale, l'invocazione della delega inattuata costituisce uno strumento assai discutibile con cui il giudice mira a deresponsabilizzarsi¹⁶⁰.

Uno spunto interessante ci viene da un ambito affine a quello della delega inattuata, quello cioè della mancata adozione di regolamenti d'attuazione governativi, cui le leggi spesso fanno espresso rinvio. Possono rilevarsi, in giurisprudenza, fenomeni di reazione a simile inerzia del Governo (o della p.a.), volti a evitare che quest'ultima si tramuti in carenza di tutela di diritti già riconosciuti dalla legge. Così è avvenuto nella vicenda della mancata adozione dei regolamenti che avrebbero dovuto rendere operativo il "diritto di accesso" agli atti e ai documenti della p.a. (art. 24 ss. l. 241/1990), integrazione normativa di rango secondario ritenuta dallo stesso Consiglio di Stato come condizione di efficacia della disciplina legislativa¹⁶¹. A questa interpretazione, però, si opponeva quella di un TAR, il quale riallacciava l'istituto, oltre che al principio d'imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.), al diritto di difesa (artt. 24 e 113 Cost.). Il diritto di difesa, infatti, in forza dell'accesso ai documenti, verrebbe garantito al privato «sin dall'inizio della vicenda contenziosa»¹⁶². Le norme costituzionali valevano, in altre parole, a neutralizzare l'apparente programmaticità della norma legislativa sull'accesso (irrilevanza della mancata adozione dei regolamenti, dopo il termine di scadenza fissato dalla stessa legge). La piena effettività del diritto di accesso, tuttavia, veniva ottenuta attraverso un percorso interpretativo tutto interno alla disciplina legislativa in questione¹⁶³.

¹⁵⁹ Come accaduto per la *Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla medicina* del 1997, ratificata con l. 145/2001, i cui decreti previsti all'art. 3 per l'attuazione non sono mai stati adottati.

¹⁶⁰ Come avvenuto nel noto "caso Welby", ove il giudice ha, tra l'altro, ritenuto che la mancata adozione della delega dimostrasse la non autoapplicabilità delle norme contenute nella Convenzione di Oviedo (Trib. di Roma, I sez. civ., sent. 16 dicembre 2006, giudice Salvio). Questo è stato uno dei principali appigli formali che hanno permesso al giudice di rigettare la domanda di Piergiorgio Welby tesa a ordinare al medico curante l'interruzione della terapia salvavita: sia consentito rinviare al mio *Il caso Welby: adattamento ai trattati e deleghe non attuate*, in *Quad. cost.*, 2007/2, 357 ss. Sui problemi relativi al mancato deposito degli strumenti di ratifica da parte italiana della Convenzione di Oviedo, cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano 2007, 253 s.

¹⁶¹ Cons. St., sez. VI, 14 giugno 1991, n. 615, in *Foro it.*, 1991, III, 521.

¹⁶² TAR Toscana, I sez., sent. 13 dicembre 1991, n. 667, in *Foro it.*, 1992, III, 356, analizzata, sotto il profilo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, da M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, cit., 200 ss., da cui sono tratti gli spunti del testo.

¹⁶³ Mediante l'interpretazione restrittiva della disposizione che, nella stessa legge n. 241/1990, fissa le ipotesi generiche di limitazione dell'accesso (documenti coperti da segreto

Un simile schema riconosce che, in presenza di un diritto individuale garantito dalla legge, tale garanzia non può subire limitazioni per il semplice rinvio all'implementazione normativa di un organo politico (come il Governo), quale ostacolo ritenuto *a priori* insormontabile in sede giurisprudenziale. Naturalmente, come l'esempio dell'accesso ai documenti dimostra, l'aggancio a un ulteriore diritto di rango costituzionale può valere a *rafforzare* l'operazione interpretativa¹⁶⁴. E un tale aggancio può apparire tanto più necessario nella differente ipotesi di un rinvio legislativo non al regolamento ma al decreto legislativo. Tuttavia, come la casistica sopra rassegnata dimostra, l'aggancio è assai spesso possibile¹⁶⁵.

4. *La diversa logica ricostruttiva delle "presunzioni"*

La ricostruzione alternativa a quella seguita fin qui, è, come già accennato, quella tendente a valorizzare la (presunta) volontà dell'autore dell'atto per attribuire a quest'ultimo (o a singole sue disposizioni) un criterio distintivo di natura formale in grado di vincolare (o almeno orientare) *a priori* l'operato dell'interprete/applicatore del diritto. La qualità dell'autoapplicabilità vale, in questo modello, come una *presunzione legale* (imputata al diritto vigente e non a mere regole deontologiche della comunità degli interpreti/applicatori) di immediata applicabilità dei contenuti prescrittivi degli atti, ovvero del suo contrario, ossia di impossibile/vietata applicabilità diretta. Occorre specificare, tuttavia, come la presunzione finisca per atteggiarsi diversamente, a seconda del

o divieto di divulgazione, facoltà di differimento dell'accesso: art. 24), ipotesi limitative che il TAR non ritiene relative al caso in giudizio.

¹⁶⁴ Ma esistono casi in cui il ragionamento è tutto interno al rapporto tra legge e (omesso) regolamento d'attuazione, senza riferimento ai diritti (di rilievo costituzionale) garantiti. Cfr. Consiglio di Stato, 29 ottobre 2003, I sez., n. 2957/2003 (*Ricorso straordinario*), in *Cons. St.*, 2004, I, 159, in cui, da un lato, si afferma che una legge delega sarebbe inapplicabile in carenza di esercizio della delega, da un altro, si riconosce che nel diverso caso in cui la legge rinvia a un regolamento d'attuazione (come la l. 130/2001, in materia di cremazione e dispersione delle ceneri), l'omessa adozione non può privare «la legge di qualsiasi efficacia, specialmente in ordine alla normativa preesistente di rango secondario. Le disposizioni legislative di mero principio costituiscono comunque criterio interpretativo delle norme previgenti e quelle alle quali può riconoscersi efficacia precettiva per compiutezza di disciplina (*self executing*) devono ritenersi senz'altro applicabili. Nel caso in esame, mentre la disciplina della dispersione delle ceneri deve ritenersi incompleta, richiedendo la definizione di molteplici aspetti applicativi, altrettanto non può dirsi per l'affidamento ai familiari dell'urna cineraria, compiutamente regolata dalla lett. e) del co. 1 del citato art. 3 della l. n. 130/2001 attraverso la previsione dell'obbligo di sigillare l'urna e di consentire l'identificazione dei dati anagrafici del defunto.»

¹⁶⁵ Nella vicenda dell'infortunio c.d. "*in itinere*" sopra accennata, si trattava dell'art. 38 Cost., cui pure la Corte era stata chiamata a pronunciarsi (cfr. C. cost. n. 8/1977, cit.).

suo “verso”: quando si vuol derivare la presunzione “positiva” di autoapplicabilità dell’atto (come i regolamenti CE), essa non può che costituire una presunzione *relativa*, non potendo imporsi al giudice di applicare una disposizione che, ad es., si limitasse a prevedere l’istituzione di un determinato organo. Non può dirsi, tuttavia, che si tratti di una presunzione inutile, posto che, presentandosi sovente al giudice una pluralità di interpretazioni possibili dello stesso testo, potrà essere determinante ricorrere, come avviene ad es. per l’interpretazione costituzionalmente conforme, ad un chiaro vettore che privilegi l’interpretazione in grado di far produrre effetti diretti a certi disposti normativi¹⁶⁶.

La presunzione di “non autoapplicabilità”, viceversa, sembra potersi configurare come “assoluta”: tutte le disposizioni contenute in un determinato atto *formalmente* non autoapplicativo vengono ritenute anch’esse non autoapplicative. Presunzione assoluta, *ergo*, impossibilità di fornire la prova contraria e, cioè, di vagliare la bontà di interpretazioni miranti a dimostrare l’autosufficienza di determinate norme in determinati contesti. Che si tratti di un qualcosa di “innaturale”, tuttavia, lo si verifica a partire dai tanti esempi in cui i giudici hanno superato simile presunzione, sulla scorta della (più o meno evidente) possibilità di utilizzo immediato di determinati contenuti normativi, privilegiando la sostanza sulla forma. In particolare, la logica dell’*innesto normativo* sopra accennata, legata com’è alla prassi giudiziaria e alle peculiarità dei casi, tende inevitabilmente a sdrammatizzare simile impostazione volontaristica.

Non solo, ma una simile impostazione teorica è in qualche modo costretta a riconoscere l’esistenza di sanzioni formalmente giuridiche, ma dagli effetti meramente simbolici, a tutela della violazione delle norme non-autoapplicative. L’assenza di sanzioni plausibili comporterebbe, allora, il degradare di alcuni atti giuridici a mera fissazione di obiettivi/programmi politici¹⁶⁷.

A monte di tutto, sembra stare il fatto che, trattandosi appunto di un vincolo “innaturale” (perché si scontra con la natura *giuridica* del te-

¹⁶⁶ Così, per i trattati internazionali, la presunzione relativa di autoapplicabilità sarebbe ricavabile dal singolo ordine di esecuzione contenuto nella legge, posto che si tratta di un atto specificamente diretto al singolo trattato, che il legislatore avrebbe ben potuto non dare (limitandosi all’autorizzazione della ratifica) laddove avesse ritenuto impossibile l’autoapplicabilità del trattato stesso (o almeno di sue parti) (cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, 33).

¹⁶⁷ E, infatti, la dottrina internazionalistica finisce per associare la non applicabilità diretta di un trattato con una sua “perdita” di giuridicità (A. BLECKMANN, *Self-executing Treaty Provisions*, in *Encyclopedia of public international Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 2000, 375). Con riguardo all’OMC, cfr. J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO...*, cit., 113. In termini non dissimili, è stato efficacemente affermato che «la giustizia di un diritto è condizione di *giuridicità* dello stesso»: A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”*, Soveria Mannelli 2005, 29.

sto in questione e con la sua *vigenza*), esso abbisogna di un forte appiglio testuale su cui basare la volontà dell'autore dell'atto (e della relativa presunzione). E tale appiglio, nella maggior parte dei casi, manca. A tal proposito, si è già visto come neppure per il caso delle decisioni quadro del "secondo pilastro" del previgente TUE l'indicazione espressa dell'assenza di diretta efficacia potesse dirsi univoca, in presenza dello strumento della pregiudiziale comunitaria, anch'esso espressamente contemplato per le decisioni quadro¹⁶⁸. Si pensi allo schema più chiaro di tutti, costituito dall'art. 76 Cost.: se è vero che dal modello costituzionale risulta che la delega viene conferita *espressamente al governo*, ciò non significa che la volontà dei costituenti fosse quella di vietare l'implementazione (o il semplice uso giudiziario) delle norme della delega da parte *dei giudici* (pur in assenza di decreto legislativo). Dimostrabile, eventualmente, è soltanto la volontà di *escludere*, in contrapposizione al passato regime statutario, che la delega possa essere ricavata *implicitamente* dallo stesso Governo per legittimare il proprio esercizio di funzioni legislative in concorrenza con il Parlamento¹⁶⁹. Del pari, quando una legge delega contiene una serie di disposizioni rubricate come "principi e criteri direttivi", non è detto che la chiara volontà del legislatore sia quella di escludere, *sempre e comunque*, l'uso giudiziario di simili norme, in assenza totale o parziale dei susseguenti decreti legislativi. Volontà che potrebbe risultare solo in presenza di una clausola abrogativa espressa della stessa legge delega (associata all'indicazione dei termini per l'adozione dei decreti legislativi, così che al loro scadere si intenda abrogata anche l'intera legge o le parti contenenti i principi della delega)¹⁷⁰.

A riprova di quanto appena osservato (sull'innaturalità di un simile vincolo interpretativo, rispetto ad atti normativi vigenti), si vedano quelle dottrine che, in materia di leggi cornice statali e leggi regionali ovvero di legge delega e successivo decreto legislativo delegato, tendevano a ricostruire la coppia di atti normativi all'interno di un *unico procedimento complesso* di produzione normativa, nella giusta consapevolezza che, diversamente, non sarebbe stato possibile confinare l'efficacia del primo atto (legge cornice o delega legislativa)¹⁷¹.

¹⁶⁸ Artt. 34 e 35 del previgente TUE, oggi abrogati: cfr. *supra*, § 1.3.

¹⁶⁹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti...*, cit., 204.

¹⁷⁰ Come già accennato, i principi e i criteri direttivi di una legge delega non vengono caducati in conseguenza dell'annullamento da parte della Corte costituzionale dei decreti legislativi attuativi di tali principi, con ciò dimostrandosi l'autonoma vigenza delle norme della legge delega: A. RUGGERI, *Fonti e norme...*, cit., 326.

¹⁷¹ Cfr., per l'art. 117 Cost., F. CUOCOLO *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, cit., 474 ss.; per la delega legislativa, cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, 1979, 312

Sempre a riprova dell'innaturalità di simile vincolo interpretativo, e collocandoci in tutt'altro piano rispetto a delega legislativa e competenza legislativa regionale, si ponga mente all'ambiguo atto *di imperio* compiuto dal Governo USA per vincolare l'interpretazione e l'applicazione dei trattati sui diritti umani da parte dei propri organi giurisdizionali. Gli organi titolari del c.d. "*Treaty-Making Power*" negli Stati Uniti (Presidente e Senato) sono da tempo usi anettere una dichiarazione a una serie di trattati sui diritti umani (tra cui il Patto sui Diritti Politici e Civili delle N.U.), secondo la quale tali trattati sarebbero privi di natura *self-executing*. La prassi è stata da alcuni giudicata contraria alla stessa Costituzione americana, posto che né la Costituzione (secondo cui i trattati debitamente autorizzati dal Senato divengono «supreme Law of the Land»: art. VI), né la giurisprudenza della Corte Suprema autorizzano il Presidente (o il Senato stesso) a vietare, con il proprio "*ipse dixit*", l'autoapplicabilità di un trattato che, per propria natura, potrebbe invece ricevere diretta applicazione interna senza ulteriore implementazione legislativa¹⁷². Al di là delle specificità dell'ordinamento statunitense¹⁷³, l'esempio è significativo del tentativo di forzare, con un improprio comando formulato in sede di ratifica dei trattati, l'opera dell'interprete (e del giudice)¹⁷⁴. E sebbene alcuni giudici statunitensi abbiano relativizzato la portata di una simile dichiarazione interpretativa (permettendo almeno un uso "parametrico" dei trattati, al fine di valutare la legittimità di atti o prassi interne contrastanti con gli obblighi pattizi), non mancano esempi di corti (di grado superiore) che la hanno utilizzata come "scudo", dietro cui celare il mancato rispetto del trattato e, con esso, dell'art. VI della Costituzione USA¹⁷⁵.

(su cui, criticamente, L. PALADIN, *Articolo 76*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1979, 27, nt. 10).

¹⁷² L. HENKIN, *U.S. Ratification of Human Rights Conventions: the Ghost of Senator Bricker*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1995, 346 s. Cfr. anche D. SLOSS, (commento a *United States v. Duarte-Acero*, *U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit*, July 12, 2002), in *Am. Journal of Int. Law*, 2003, 417 s., secondo cui *ogni ordinamento che riconoscesse al potere politico una simile facoltà di vincolare il potere giudiziario sarebbe radicalmente incompatibile con la garanzia costituzionale dell'indipendenza della magistratura*.

¹⁷³ Cfr. C.M. VAZQUEZ, *Treaties as Law of the Land: the Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*, in *Harv. L. Rev.*, 2008, 599 ss.

¹⁷⁴ L'operazione appare come un surrettizio modo di introdurre, nell'ordinamento USA, ciò che negli anni '50 il senatore repubblicano Bricker aveva cercato di fare, proponendo un emendamento alla Costituzione, al fine di vietare l'implementazione dei trattati attraverso misure diverse dalle leggi (nel timore che, attraverso i vincoli dei trattati sui diritti umani si ottenessero gli obiettivi propugnati dai movimenti antisegregazionisti e per i diritti civili: cfr. L. HENKIN, *op. cit.*, 348 s.).

¹⁷⁵ Cfr. D. SLOSS, *op. cit.*, 411 ss. Sull'inadeguato ricorso dei giudici statunitensi all'interpretazione conforme delle norme interne in ossequio ai vincoli derivanti dall'OMC, cfr.

In realtà, se si accetta di costruire un modello teorico che privilegi il punto di vista “interno” del giudice (ovvero, il modo in cui i sistemi giuridici e/o gli “ambiti” presi in esame effettivamente operano), la “dottrina” delle presunzioni, da sola, poco o nulla spiega del fenomeno “autoapplicabilità”. Non è così, ad es., che il diritto comunitario ha funzionato. L'influenza svolta dalla “presunzione” contenuta nell'art. 249 TCE (attuale art. 288 TFUE, secondo cui le direttive di dirigerebbero *solo* agli Stati e non i singoli) si è, infatti, rivelata minima¹⁷⁶. Per ciò che riguarda l'esempio più calzante di presunzione *legale* di non autoapplicabilità, ossia il sistema GATT/OMC, la giurisprudenza della Corte di Giustizia *solo apparentemente* si fonda sul volontarismo di una simile presunzione¹⁷⁷. Essa, in realtà, si basa molto più sull'argomento della “reciprocità” e, in ultima analisi, sull'atteggiamento degli USA, quale contraente “maggiore” degli Accordi OMC, ove il potere politico, fin dall'origine, ha impedito ai propri giudici di considerare tali Accordi come *self-executing*¹⁷⁸. Ben poco

A. DAVIES, *Connecting or Compartmentalising the WTO and United States Legal Systems? The Role of the Charming Betsy Canon*, in *Journ. Intern. Ec. Law*, 2007, 117 ss.

¹⁷⁶ Cfr. l'analisi giurisprudenziale svolta da S. AMADEO, *op. cit.*, 68 s., in cui si registra la «esiguità delle ipotesi in cui la Corte ha disconosciuto l'efficacia diretta di direttive comunitarie per ragioni di indeterminatezza», dimostrandosi che, «ove siano soddisfatti i presupposti (sostanziali dell'efficacia diretta), nessuna presunzione sfavorevole grava sulla diretta invocabilità delle direttive».

¹⁷⁷ Si tratta di due filoni giurisprudenziali: nel primo, la Corte ha stabilito che le norme del GATT sono giustiziabili solo con riguardo ad atti di diritto derivato che lo stesso Legislatore comunitario *afferma* di adottare in attuazione dei vincoli del GATT (cfr. le sentt. *Fediol*, del 22 giugno 1989, causa 70/87; *Nakajima*, del 7 maggio 1991, C-69/89); con riguardo al secondo, la Corte ha valorizzato la “direttiva” interpretativa contenuta nel Preambolo alla Decisione del Consiglio di ratifica degli accordi OMC (94/800/CE, del 22 dicembre 1994), in cui si afferma la non invocabilità in giudizio delle norme di questi accordi (sent. *Portogallo c. Consiglio*, cit.), nonostante la dottrina ritenga tale preambolo privo di effetti vincolanti (G. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al “GATT 94” gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Riv. dir. int.*, 1995, 407 ss.). Entrambi i filoni contrasterebbero con i precedenti della Corte, ove si nega che, in assenza di un'espressa indicazione del trattato internazionale stesso, la questione degli effetti giuridici interni del trattato possa venire subordinata alla volontà degli organi politici della Comunità, trattandosi, appunto, di questione *interpretativa*: sent. *Kupferberg*, cit.; sent. *Università di Amburgo*, 15 novembre 1984, causa 236/83. Cfr. J. BOURGEOIS, *The European Court of Justice and the WTO...*, cit., 106 ss. Parla di «sostanziale subordinazione della funzione giudiziaria rispetto alle determinazioni provenienti dagli organi politici nella sfera delle relazioni internazionali», E. CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari...*, cit., 120.

¹⁷⁸ La legge statunitense con cui si dà attuazione agli Accordi OMC stabilisce espressamente la natura non *self-executing* del trattato. Il che è avvenuto in forza di logiche che nulla hanno a che vedere con la genericità/vaghezza delle disposizioni pattizie (risultando le disposizioni degli accordi OMC più stringenti di quelle del previgente GATT), ricollegandosi piuttosto al fatto che le nuove procedure contenziose possono concludersi con decisioni (non più diplomatiche bensì) pienamente giurisdizionali degli organi OMC (il *Dispute Settlement Pa-*

peso, infatti, avrebbe lo stesso argomento, se a considerare non *self-executing* gli Accordi OMC fossero dei partner commerciali minori e/o diversi dagli USA¹⁷⁹. Ora, non è che non esistano argomenti sostanziali per giustificare un simile approccio della Corte. Ma sono appunto questi che andrebbero esposti e difesi, non lo scudo della volontà del potere politico¹⁸⁰.

nel e l'Appellate Body), senza che agli Stati Uniti – come a nessun'altra Parte – sia dato alcun potere di veto, diversamente da quanto accadeva nel previgente GATT: cfr. D.W. LEEBRON, *Implementation of the Uruguay Round results in the United States*, in JACKSON, SYKES (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Oxford 1997, spec. 210 s. Il nuovo sistema dell'OMC, infatti, prevede che una decisione dell'organo di risoluzione delle controversie possa *non* essere adottata (ossia possa venir paralizzata nella sua efficacia) solo per consenso di *tutti* i membri dell'Organizzazione stessa, compresa la parte risultata vittoriosa in giudizio. Il potere di veto che in tal modo si garantisce alla parte vittoriosa vale a strutturare la piena vincolatività delle decisioni dell'organo giurisdizionale, al contrario di quanto avveniva nel previgente sistema del GATT, ove tali decisioni potevano essere rese efficaci solo con il consenso di tutti i membri dell'OMC, con ciò garantendo alla parte *soccombente* un potere di veto: cfr. J.H. JACKSON, *Sovereignty...*, cit., 156. Per G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale...*, cit., 123, l'orientamento della Corte sarebbe un modo di ritenere importante, nell'applicazione delle norme OMC, «il comportamento delle autorità giurisdizionali delle altre parti commerciali» (mentre si tratta, a mio avviso, di condizionamento dei giudici da parte del potere politico, imitato dal potere politico degli organi dell'UE).

¹⁷⁹ E, difatti, lo stesso AG Tesauro, nella causa *Hermès* (sent. 16 giugno 1998, C-53/96) aveva (inutilmente) invitato la Corte a uscire allo scoperto e a riconoscere che il mancato riconoscimento degli effetti diretti dell'OMC si deve alla logica della reciprocità, posto che i maggiori contraenti dell'OMC – Stati Uniti, Canada e Giappone – non riconoscono tali effetti. L'argomento delle prassi seguite dagli Stati Uniti (ecc.) è invece esplicitato nelle successive sent. *Portogallo c. Consiglio*, 23 novembre 1999, cit.; *Van Parys*, cit., § 53; *Fiamm & Fedon*, del 2008, cit., § 119, su cui cfr. B. BONAFÉ, *op. cit.*, 609, 613; G. GATTINARA, *La sentenza Fiamm della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale all'immunità dalla giurisdizione?*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 2009/1, 72 s. In tali casi, però, la Corte ha ritenuto la non piena vincolatività del diritto dell'OMC attraverso una discutibile interpretazione della norma dell'OMC stessa che ammette compensazioni volontarie offerte dal Paese responsabile della violazione, al fine di prevenire contromisure da parte del Paese vincitore della causa (art. 22 del Dispute Settlement Agreement), mentre è chiaro che si tratta solo di misure provvisorie che nulla tolgono alla vincolatività del diritto sostanziale OMC e all'obbligo dello Stato condannato di rimuovere la misura interna, causa della violazione: cfr. E.-U. PETERSMANN, *From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO: Time for "Mainstreaming Human Rights" into WTO Law?*, in *CMLR*, 2000, 1381, nt. 31; J.H. JACKSON, *op. ult. cit.*, 159 e 168; in termini più sfumati, cfr. M. DANI, *Remedying European legal pluralism. The FIAMM and Fedon litigation and the judicial protection of international trade bystanders*, Jean Monnet Working Paper 06/09, 26 s. Ma sulla correttezza dell'interpretazione della Corte di giustizia, cfr. M. MENDEZ, *op. cit.*, 95 ss.

¹⁸⁰ Da un lato, la giurisprudenza della Corte di giustizia vale a evitare che i giudici nazionali adottino, in materia di OMC, differenti atteggiamenti, che potrebbero frammentare il regime giuridico della circolazione delle merci entro i confini dell'Unione (J. BOURGEOIS, *op. ult. cit.*, 105); da un altro lato, l'OMC (rispetto al previgente GATT) è caratterizzato da un sensibile aumento degli Stati membri, assai eterogenei tra loro, con conseguente ampliarsi di fratture tra aree geopolitiche e caratteristiche socio-economiche (J.H.H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats...*, cit., 4, nt. 21), che rendono improbabile l'esportazione

Proseguendo nella carrellata sugli ambiti della mappatura, si provi a pensare alla presunzione di autoapplicabilità contenuta nella legge Scelba in riferimento alle c.d. “leggi cornice”: quell’obbligo (considerare abrogate le leggi regionali contrastanti con i nuovi principi statali) non avrebbe certo dato i risultati sperati, in presenza di leggi statali effettivamente “di principio”. Alla soluzione “apparente” della legge Scelba, che sembra imporre l’abrogazione anche in caso di disposizioni “eterogenee” (norme *generiche* abrogative di norme *specifiche*) e abilitare i giudici a un potere “straordinario” (rispetto alla tradizionale portata dell’art. 15 delle Preleggi)¹⁸¹, si è pressoché da subito sostituita la soluzione *effettiva*, quella delle norme di dettaglio (più o meno cedevoli) che corredano quelle “di principio” fissate dal legislatore statale.

Il che trova conferma *a contrario*, analizzando il diverso meccanismo vigente nel Trentino-Alto Adige per far valere il riparto di competenze legislative tra Stato e Province autonome. Il noto modello dell’impugnazione successiva delle leggi (regionali e) provinciali non tempestivamente adeguate ai nuovi principi statali (d.lgs. n. 266/1992, art. 2), infatti, solo apparentemente segue lo schema della separazione rigida tra competenza “di principio” e competenza “di dettaglio”, laddove formalmente impone una presunzione legale di non autoapplicabilità della normativa statale. Simile esclusione, infatti, deriverebbe dal fatto che l’incompatibilità tra disciplina statale (sopravvenuta) e disciplina locale (previgente) non possa *mai* dar luogo all’abrogazione implicita (decisa dai giudici comuni), bensì soltanto all’incostituzionalità (decisa dalla Corte costituzionale)¹⁸². Tuttavia, si tratta di *pura forma*, posto che, comunque, in esito all’eventuale illegittimità costituzionale della legislazione regionale previgente, sarà la

della “dottrina” degli effetti diretti coniata dalla Corte in un contesto, quello comunitario, caratterizzato da una omogeneità ben diversa; infine, la prudenza della Corte può essere spiegata con l’esigenza di evitare che un’indiscriminata incorporazione delle norme antiprotezionistiche dell’OMC inducano (o rafforzino) tendenze neo-liberiste a scapito della protezione di altri interessi, come ambiente e salute, i cui “effetti diretti” sono più difficilmente azionabili in giudizio, richiedendo piuttosto bilanciamenti di natura politico-legislativa: F. SNYDER, *The Gatekeepers...*, cit., 365 ss. Sul punto, cfr. *infra*, Cap. IV, § 1.3 e 1.4.

¹⁸¹ Con un conferimento di un *surplus* di potere ai giudici comuni (riconoscere l’abrogazione *oltre* la tradizionale interpretazione dell’art. 15 delle *Preleggi*: cfr. S. BARTOLE, *Il limite dei principi fondamentali*, cit., 71 s.)

¹⁸² Cfr. R. TOSI, *Sulla sorte della legislazione regionale anteriore ai nuovi principi*, in *Le Regioni*, 1994, 1816 s.; A. PAOLETTI, *Illegittimità sopravvenuta ed abrogazione delle leggi regionali. Il caso del Trentino Alto Adige*, in *Giur. cost.*, 1999, 4012 s. Cfr. C. cost., n. 302/2003, punto 5.2; n. 145/2005, punto 2.1 (la disciplina di cui all’art. 2, d.lgs. 266/1992, «esclude in via generale l’immediata applicabilità alla Provincia autonoma della legislazione statale, sancendo solo un obbligo di adeguamento della legislazione regionale e provinciale alle condizioni e nei limiti specificati in tale norma»).

normativa dello Stato a trovare applicazione *al posto* della disciplina locale annullata¹⁸³. Del resto, il motivo per cui il meccanismo in questione sembra aver dato buoni frutti, non sta tanto nel fatto che esso esclude l'autoapplicabilità della disciplina di dettaglio statale nello spazio "riservato" alla normazione provinciale, bensì nel fatto che, nelle more del giudizio di costituzionalità attivato dal Governo contro l'inerzia del legislatore locale, la Regione o le Province autonome hanno normalmente adeguato la propria legislazione, facendo così cessare la materia del contendere¹⁸⁴. Come si vede, una soluzione *pragmatica* più che teorica¹⁸⁵, che lascia aperto il problema del *chi* possa sostituirsi al legislatore locale nell'implementazione dei principi statali e di *come* ciò possa avvenire¹⁸⁶.

Per ciò che riguarda il referendum abrogativo, la Corte costituzionale non sembra aver avallato né la presunzione negativa né quella positiva di autoapplicabilità della normativa risultante dal referendum, pretendendo, al contrario, un giudizio *a priori* assai dettagliato (e spesso per questo criticato), per escludere preventivamente ogni dubbio sugli esiti normativi dell'eventuale abrogazione referendaria, anziché ammettere la possibilità di *casi di dubbio* assistiti dalla presunzione di autoapplicabilità del principio "aggiunto"¹⁸⁷.

Per venire, infine, alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale "additive di principio", a parte qualche tentennamento iniziale, non può dirsi che, con questa tecnica decisionale, la Corte intenda introdurre una *presunzione di non immediata applicabilità* del principio normativo ricavato/enunciato nel dispositivo, bensì, più semplicemente, evitare l'ingessamento del sistema legislativo sottostante al principio costitu-

¹⁸³ Cfr. C. cost., sent. 147/1999, in cui viene annullata la legislazione provinciale che fissava il calcolo delle indennità di esproprio in modo difforme dalla nuova legislazione statale *autoapplicativa*, la quale, inevitabilmente, si trova ad essere la sola disciplina applicabile nel caso *a quo*, da cui è partita la questione.

¹⁸⁴ T. GROPPi, *Limiti all'immediata applicabilità delle leggi statali nel territorio del Trentino-Alto Adige e ricorso per "mancato adeguamento"*, in *Giur. cost.*, 1997, 3665 s.

¹⁸⁵ Il ricorso governativo finisce per trasformarsi in uno «strumento sollecitatorio, la cui reale efficacia appare affidata alla "contrattazione" tra lo Stato e gli enti territoriali interessati, sia prima che, soprattutto, durante il giudizio di costituzionalità», il che viene favorito dalla oculata dilazione dei tempi di giudizio da parte della Corte (T. GROPPi, *op. ult. cit.*, *ibidem*).

¹⁸⁶ Cfr. P. CAVALERI, *Diritto regionale*, Padova 2003, 173; G. FLORIDIA, *Fonti regionali e sistema delle fonti*, in G. FERRARI, G. PARODI, *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova 2003, 49.

¹⁸⁷ In altre parole, un "principio abrogativo" aggiunto col referendum dovrebbe poter abrogare (se assistito dalla presunzione positiva) anche norme dettagliate (non omogenee). Il che, però, è appunto ciò che la Corte rifiuta (cfr. F. MODUGNO, *Ancora una «rassegna»...*, cit., 1822).

zionale enucleato dalla Corte nella decisione additiva e facilitare così il successivo – auspicato – intervento del legislatore¹⁸⁸.

Residua, nella prassi, una presunzione di non autoapplicabilità della delega legislativa. Si è accennato, tuttavia, alla sua superabilità di tale prassi, in parallelo con quanto (raramente) praticato dai giudici comuni relativamente ai regolamenti governativi d'attuazione. Avallare, invece, la logica volontaristica (tutto ciò che è inserito in un principio della delega è sottratto, per volontà del legislatore stesso, all'uso giurisprudenziale) rischia di causare effetti collaterali, come nel caso in cui la delega venga usata per l'esecuzione di trattati internazionali. Il che finisce per instaurare una sorta di *riserva di implementazione politica* degli obblighi internazionali siglati e di inibitoria ai poteri interpretativi del giudice (quando l'unico strumento ammesso, a tal fine, sarebbe quello di *non* formulare l'ordine di esecuzione). L'esempio sopra accennato del "caso Welby"¹⁸⁹ è significativo, perché, fra l'altro, la Convenzione di Oviedo e le sue disposizioni sul consenso informato e il rifiuto delle terapie si saldano con l'art. 32 Cost., sulla cui precettività immediata la giurisprudenza comune aveva già raggiunto traguardi piuttosto stabili (proprio rispetto al rifiuto di terapie). Precettività che l'ambigua opzione della delega legislativa, quale strumento di attuazione della Convenzione di Oviedo, rischia invece di far regredire¹⁹⁰.

L'osservazione precedente appare generalizzabile: una legge delega, i cui "principi direttivi" mirino ad attuare determinati diritti costituzionali, rischia, ove inattuata, di dar vita a una *presunzione* di non-autoapplicabilità della norma costituzionale e di creare così un ostacolo all'uso giudiziario (interpretativo, integrativo, ecc.) della Costituzione che, diversamente, il giudice non incontrerebbe¹⁹¹.

¹⁸⁸ Cfr. A. GUZZAROTTI, *L'autoapplicabilità...*, cit., 3446 ss.

¹⁸⁹ Cfr. *supra*, § 3.4.

¹⁹⁰ Il che trova conferma nella stessa giurisprudenza della Cassazione in materia di responsabilità penale del medico per i danni cagionati a un paziente operato senza consenso, il cui orientamento *favorevole al medico* ha trovato appiglio anche nella mancata attuazione legislativa della norma della Convenzione di Oviedo che impone il consenso informato (Cass., sez. I pen., 11 luglio 2002, n. 26446, in *Cass. pen.*, 2003, 1945 ss.), con ciò smentendo quanto la Cassazione aveva affermato già 10 anni prima (sulla scorta anche della precettività dell'art. 32 Cost.): cfr. G. MARRA, *Ritorno indietro di dieci anni sul tema del consenso del paziente nell'attività medico-chirurgica*, ivi, 1950 ss.

¹⁹¹ Si guardi al già citato caso della mancata attuazione della delega in tema di c.d. infortunio *in itinere* del lavoratore, su cui si è pronunciata C. cost. n. 8/1977. In tale decisione la Corte afferma di conoscere gli orientamenti della Cassazione volti garantire (sia pure in casi limitati) la copertura assicurativa anche per i danni subiti dal lavoratore durante il tragitto compiuto per recarsi al lavoro (la Corte parla di giurisprudenza che «faticosamente e genericamente... si pronuncia per regolare la questione in esame»). Tuttavia, la Corte non ritiene

5. Conclusioni (parziali): sanzionabilità dell'inerzia e diritti individuali

Il nesso processuale tra giudice del caso (e della legislazione “operativa”) e giudice dei Poteri (e delle norme-principio apicali) rappresentato dall'incidente di costituzionalità o dalla pregiudiziale comunitaria, vale a costituire il modello di un sistema “ad alta autoapplicabilità”, ove le ricostruzioni *a priori* circa la natura di un atto e/o singole sue disposizioni sono costantemente sottoposte a verifica, per essere spesso smentite o comunque relativizzate. Per il sistema CEDU, si è visto come l'aumento di “giurisdizionalità” del sistema, incentrato sul ricorso individuale, ha generato un ispessimento e un'articolazione del diritto giurisprudenziale CEDU tali da influenzare successive operazioni interpretative e/o applicative giudiziarie interne agli Stati membri volte all'autoapplicabilità delle norme CEDU. Il che è avvenuto, come si è cercato di mostrare, anche grazie al ruolo giocato dal controllo del Comitato dei Ministri sull'esecuzione delle condanne CEDU da parte degli Stati.

Ciò permette di costruire un modello alternativo a quello delle “presunzioni” e della ipervalutazione della “volontà politico-legislativa”, incentrato sull'adeguatezza della sanzione di una mancata implementazione di norme di principio “apicali” comunque vigenti. Modello tendenzialmente esplicativo anche dei fenomeni dell'autoapplicabilità in ambiti profondamente diversi, come il Referendum abrogativo e la separazione di competenze legislative statali e regionali¹⁹².

Come si è avuto più volte modo di accennare, simile modello presuppone l'elemento della “tutela dei diritti”, che è la seconda chiave di lettura dei fenomeni dell'autoapplicabilità. Paradigmatico l'ambito delle norme UE dotate di effetti diretti, ove l'indagine preliminare della Corte di giustizia dovrebbe teoricamente verificare se la disposizione comunitaria sia o meno diretta a riconoscere diritti al singolo, secondo uno schema ereditato da impostazioni tradizionali nel diritto internazionale, con riguardo alla natura *self-executing* o meno dei trattati. Il diritto (o la posi-

che la mancata attuazione della delega circa il diritto a tale copertura assicurativa costituisca violazione dell'art. 76 Cost. Pur interrogata circa l'indiretta violazione dell'art. 38 Cost. che tale mancata attuazione della delega comporterebbe, la Corte si limita a ritenere tale questione “assorbita”, affermando che nell'ambito dell'art. 38 Cost. «dovranno *domani* essere comprese anche le ipotesi di eventi lesivi occorsi in itinere al lavoratore quando tale infortunio sarà, *dalla legge*, previsto e regolato» (corsivi aggiunti), con ciò quasi a voler bloccare quel lavoro interpretativo che i giudici stavano faticosamente intraprendendo per estendere le garanzie al lavoratore.

¹⁹² Cfr. la comparazione (svolta ai §§ 2.3 e 2.4) dell'incidente di costituzionalità con il diverso accesso al giudizio della Corte costituzionale che si ha nei giudizi in via d'azione, specie da parte delle Regioni interessate alla dichiarazione di non autoapplicabilità di norme statali, o con il differente strumento dei giudizi di ammissibilità del referendum abrogativo.

zione soggettiva) individuale è, al contempo, ciò che mette in moto “la macchina” processuale (accesso al giudice “del caso”, il quale poi formula la *quaestio* alla Corte costituzionale o di Giustizia circa un possibile profilo di autoapplicabilità di una norma di principio, fino a quel momento ipotizzata meramente “programmatica”) e ciò che, in qualche modo, giustifica l'utilizzo “sanzionatorio” dell'autoapplicabilità delle norme (contro un'inerzia del potere politico la quale, in assenza di rischio *attuale* di violazione di diritti, sarebbe assai più complicato colpire).

Nei sistemi ad “alta autoapplicabilità”, dunque, si assiste a una *alleanza tra diritti individuali e poteri di controllo/sanzione* (nei confronti del potere politico-legislativo interno, degli Stati membri di un tratto multilaterale, ecc.)¹⁹³.

Il che, come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, emerge, *a contrario*, dai sistemi “a bassa autoapplicabilità”, come per l'art. 117 Cost., in cui la logica dei “diritti” può valere a supportare il perdurante ricorso alle norme statali di dettaglio, ovvero per il Referendum abrogativo, ove l'invocazione dei “diritti” vale a limitare il “potere referendario” su determinate materie, astrattamente non coperte da alcun limite espresso *ex art. 75 Cost.* In questi due ambiti, infatti, la Corte costituzionale compie un'operazione apparentemente inversa a quella operata nei giudizi incidentali (specie quando questi si concludono con decisioni “di principio”), posto che, giudicando *a priori* del rischio che certe norme di principio (quelle contenute nelle leggi “cornice” statali, *ex art. 117 Cost.*; quelle costituzionali attuate da leggi oggetto di quesiti referendari) restino prive di implementazione, essa ritiene implicitamente inadeguata la tutela giurisprudenziale “residuale”, ossia l'uso giurisprudenziale di quei principi che i “casi della vita” dovessero rendere necessario, in assenza di implementazione legislativa.

La chiave di lettura dei diritti, tuttavia, non sembra possa stare in piedi da sola, come la nota questione degli effetti diretti *meramente verticali* delle direttive comunitarie mostra bene¹⁹⁴. Simile interferenza tra una logica “rimediale” (modello della sanzione dell'inerzia) e quella della tutela dei diritti individuali coinvolti può anche apparire criticabile, per

¹⁹³ Spunti analoghi sono formulati da A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 357 ss., spec. 361 ss.; C. PANZERA, *Sentenze “normative” della Corte costituzionale e forma di governo*, cit., 539.

¹⁹⁴ Per cui le norme con effetti diretti di una direttiva possono essere invocati solo nei confronti dello Stato o di una pubblica amministrazione e non contro altri privati: cfr. la sent. *Marshall I*, cit. *supra*, Cap. II, § 1.2.

l'irragionevole sacrificio che i diritti finiscono per subire¹⁹⁵. Sta di fatto che essa potrebbe rivelarsi la spia di un più ampio e risalente fenomeno, inerente ai poteri di sindacato della Corte di giustizia. Come si è già avuto modo di accennare sopra (§ 3.3), l'originaria costruzione della Corte del Lussemburgo sull'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale appare tutto sommato *compromissoria*. Essa non risolve in radice l'apparente contraddizione tra gli *effetti diretti* delle norme comunitarie, da cui discenderebbe l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare il diritto nazionale contrastante¹⁹⁶, e l'alterazione dello strumento del rinvio pregiudiziale che ciò comporta. La Corte ha finito, infatti, per trasformare la pregiudiziale comunitaria in uno strumento *ancora più forte* dell'unico rimedio stabilito nei Trattati per sanzionare la violazione dei vincoli comunitari da parte degli Stati membri (la procedura d'infrazione, azionata dalla Commissione, la quale *non può* condurre al formale annullamento degli atti nazionali contrari ai vincoli comunitari). La Corte si è difesa affermando che le due ipotesi sarebbero *differenti*, posto che nell'un caso si tratterebbe di tutelare un diritto azionato in giudizio, con effetti *"inter partes"*, mentre con la procedura di infrazione si tratterebbe di garantire il rispetto generale ed uniforme del diritto comunitario¹⁹⁷ (che, tuttavia, è esattamente il risultato cui mira l'interpretazione uniforme fornita dalla Corte su interrogazione dei giudici nazionali nel giudizio pregiudiziale)¹⁹⁸. E sebbene nella fondamentale sentenza *Van Gend & Loos*, cit., si legga che «la funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'art. 177 [rinvio pregiudiziale] costituisce *la riprova* del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter esser fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici», lo stesso art. 177 Tr. Cee fu adottato dai "Padri fondatori" nell'inconsapevolezza della portata del rinvio pregiudiziale¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. S. LORENZON, *Teoria degli effetti diretti e applicazione del diritto*, cit., 45 ss., secondo cui «riconoscendo nel principio dell'*estoppel* la ragione ultima del divieto di effetti orizzontali, si crea una distorsione nel *modus operandi* dell'effetto diretto: si fa prevalere l'istanza sanzionatoria, attribuita in via pretoria, a scapito della naturale funzione di garanzia che, essa sì è la cifra significativa di tale strumento». La polemica sull'uso meramente "strumentale" dei diritti individuali, quale artificio che permette alla Corte di giustizia una vigilanza penetrante all'interno degli ordinamenti statali è, invero, antica e anteriore alla discussione sugli effetti orizzontali delle direttive: cfr. R. LUZZATTO, *op. cit.*, 59, che evoca, criticandola, la vetusta nozione dei "*Reflexrechte*".

¹⁹⁶ Come chiarito a partire dalla nota sent. *Simmenthal* (causa 106/77, del 1978).

¹⁹⁷ Cfr. la sent. *Molkerei-Zentrale*, cit.

¹⁹⁸ Cfr. CRAIG, *Once upon a Time in the West...*, cit., 462.

¹⁹⁹ Cfr. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 27, nt. 39, secondo cui il rinvio pregiudiziale fu concepito solo per garantire l'uniforme interpretazione del diritto. Dai dibattiti parlamentari di Francia, Germania e Italia sull'approvazione del Trattato di Roma emergerebbe chiaramente la volontà dei "Padri fondatori" di instaurare un debole controllo

Dunque, i diritti individuali hanno giustificato e giustificano la costruzione della Corte di giustizia (anche) perché in tal modo si pone rimedio all'inadeguatezza del solo strumento sanzionatorio originariamente progettato nell'ordinamento comunitario²⁰⁰. E l'eccezionale forza vincolante di una simile costruzione è stata accettata dagli Stati membri *anche* per ragioni politico-istituzionali²⁰¹.

Con le debite proporzioni, un discorso analogo lo si può svolgere relativamente al nostro controllo di legittimità costituzionale delle leggi e alla natura compromissoria della "dottrina" della Corte in materia di sentenze additive, o sostitutive. L'originaria giustificazione ispirata alla fortunata figura crisafulliana delle "rime obbligate"²⁰² si trovò sotto pesante attacco nella fase storica in cui il debito pubblico raggiungeva livelli insostenibili e dunque insostenibile era anche quella giustificazione, per le c.d. sentenze "di spesa", o "additive di prestazione". La riformulazione del modello, con la creazione delle c.d. sentenze additive di principio, presenta caratteri compromissori affini a quanto visto per la "dottrina" della Corte di giustizia. Per le "nuove" sentenze additive di principio della

giudiziario comunitario sugli Stati, incapace di intaccarne la sovranità; analoga inconsapevolezza sulle potenzialità del rinvio pregiudiziale risulta in capo ai negozianti del Trattato: cfr. K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law*, cit., 183 s., ntt. 5 e 6. Si è già rilevato che il potere della Corte di valutare l'invalidità di un atto, in sede pregiudiziale, viene riferito dal Trattato (Cee, CE e ora dal TFUE) ai soli atti comunitari e non a quelli degli Stati: A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, 48.

²⁰⁰ Dai dibattiti parlamentari di Francia, Germania e Italia sulla ratifica del Trattato di Roma emerge la comune percezione degli Stati fondatori che il solo strumento di controllo del rispetto del diritto CE fosse il procedimento di infrazione in capo alla Commissione (cfr. K. ALTER, *op. cit.*, 81, nt. 21), strumento che, fino agli anni '70, si era dimostrato debolissimo (*ibidem*, 212; J.H.H. WEILER, *op. ult. cit.*, 28).

²⁰¹ La vincolatività degli impegni fissati nella legislazione comunitaria veniva, infatti, a collocarsi in una fase (quella del c.d. "Compromesso del Lussemburgo") in cui tale legislazione non era mai adottata "a maggioranza", bensì (contravvenendo alla lettera e allo spirito del Trattato) all'unanimità: cfr. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 31 ss. Ma per una spiegazione complementare, cfr. K. ALTER, *op. cit.*, 186 s. (secondo cui fu la stessa logica del processo politico, focalizzato su obiettivi di breve periodo, che sconsigliava gli attori politici dell'epoca di scagliarsi contro la innovativa giurisprudenza della Corte di giustizia, stante il suo carattere altamente "di principio", senza risultati pratici avversi ai singoli Stati: nel caso *Van Gend & Loos*, cit., la posta in gioco nel giudizio principale era minima; nel caso *Costa c. Enel*, cit., la Corte diede sostanzialmente ragione alla politica di nazionalizzazione dell'energia elettrica del governo italiano). In una diversa e più matura fase della costruzione giuridica dell'ordinamento comunitario, differente fu l'atteggiamento degli Stati e della stessa Corte, la quale, con prudenza, invitò i Governi a intervenire in un giudizio pregiudiziale (sent. *Faccini Dori*, 14 luglio 1994, C-91/92), al fine di prendere posizione sulla estensione degli effetti diretti delle direttive non attuate anche ai rapporti interprivati, Governi che compatamente si schierarono per la tesi negativa, con ciò influenzando tutto il successivo corso giurisprudenziale (cfr. S. LORENZO, *op. cit.*, 45).

²⁰² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, 408.

Corte costituzionale, infatti, si opinò che esse, a differenza delle normali sentenze additive “di regole”, comportano un *minor* impatto sull’ordinamento, essendo *incapaci* di produrre norme generali e astratte (riservate al legislatore), bensì solo di stimolare la produzione di regole *individuali e concrete* da parte dei giudici²⁰³. Ma si tratta di un *compromesso* e non di una spiegazione, dato che anche le singole statuizioni dei giudici, in virtù dell’art. 101, co. 2, Cost., devono comunque presupporre il fondamento di una qualche norma *generale e astratta*, la cui derivazione non può che ricondursi all’intervento della Corte²⁰⁴. Come spiegare, altrimenti, che la mancanza di “rime obbligate” e l’ossequio alla discrezionalità legislativa impedisca *solo* alla Corte e *non* ai giudici comuni l’integrazione necessaria?

Dunque, anche per le sentenze additive della Corte costituzionale, la logica dei diritti individuali si salda con quella rimediale della sanzione dell’inerzia, posto che, diversamente, la discrezionalità legislativa (indubbiamente d’ostacolo a una ricostruzione teorica impeccabile) farebbe *sempre* da premio al potere politico, garantendogli un’indebita immunità nei confronti dei vincoli costituzionali²⁰⁵.

Sotto un altro profilo, l’eccessiva connessione tra diritti individuali e autoapplicabilità rischia di condurre ad esiti scorretti. Il diritto individuale è ciò che consente l’invocabilità di una norma “apicale”, apparentemente non autoapplicativa. Non necessariamente esso deve essere il contenuto precettivo della disposizione, secondo l’impostazione per cui *solo* disposizioni intenzionalmente create per creare diritti in capo ai singoli sarebbero dotate di effetti diretti o di autoapplicabilità. In questa seconda accezione, infatti, si torna nuovamente a una ipervalutazione della volontà dell’autore dell’atto e a trascurare le potenzialità di *innesto* normativo (tra la norma apicale e il sottostante ordinamento) che solo la specificità del caso può attivare. Rispetto all’autoapplicabilità, dunque, il riconoscimento di diritti individuali sarebbe solo una *conseguenza* dell’esito interpretativo e/o applicativo della norma e non una *precondizione* dell’autoapplicabilità.

Nel diritto comunitario, ad es., si è ammessa l’invocabilità, nei giudizi interni, di norme non immediatamente dirette a riconoscere situazioni soggettive agli individui, come gli obblighi di comunicazione alla Commissione delle norme tecniche adottate dagli Stati (in materia di

²⁰³ G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano 1993, 148 ss.

²⁰⁴ G. PARODI, *op. cit.*, 241, 289 s.; P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità e il seguito amministrativo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste, 2003, 229.

²⁰⁵ Cfr. L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di “inammissibilità” a proposito dell’imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, 1322 ss.

produzione e/o etichettatura di merci)²⁰⁶. In caso di omessa comunicazione, tali norme nazionali potrebbero subire una neutralizzazione in tutti quei casi ove la loro osservanza o violazione fosse oggetto di una controversia tra privati (tra fornitore e acquirente di quelle merci, ad es.). I diritti sostanziali dei privati coinvolti nella controversia (diritto alle prestazioni contrattuali di controparte) sarebbero così favoriti o pregiudicati a seconda dell'esito del giudizio sull'autoapplicabilità di norme comunitarie di stampo "inter-istituzionale" (rapporti tra Stati e Commissione). La riformulazione in termini di "diritti individuali" (diritto del singolo a pretendere il rispetto da parte del proprio Stato del vincolo comunitario e invocabilità in giudizio dell'illegittimità delle norme statali con esso contrastanti) non deve celare la sostanza del fenomeno: per una maggiore effettività del vincolo comunitario (obbligo di comunicazione alla Commissione), la Corte di giustizia ammette l'autoapplicabilità di norme che non riconoscono diritti ai singoli.

Con le dovute distinzioni, la vicenda degli obblighi di comunicazione previsti dal diritto comunitario può accostarsi a un'altra, relativa alla CEDU e all'uso giudiziario interno di quest'ultima. Si ponga mente a un noto caso sulla c.d. "legislazione d'emergenza" adottata in Italia contro il terrorismo. Con la sentenza n. 15/1982 la Corte costituzionale ebbe a giustificare la decretazione d'urgenza con cui si inaspriva il ricorso alla custodia preventiva anche per i procedimenti in corso²⁰⁷. La logica cui si ispirava la Corte era quella emergenziale, della tutela eccezionale richiesta dalle istituzioni democratiche "assediate" dalla recrudescenza del terrorismo²⁰⁸. Si è tuttavia rilevato come, in quella decisione, la nostra Corte avesse lasciato cadere ogni riferimento (pure presente nelle ordinanze dei giudici *a quibus*) alle concomitanti garanzie della CEDU in materia di carcerazione preventiva (art. 5), trascurando in particolare la clausola "emergenziale" fissata dalla stessa Convenzione all'art. 15²⁰⁹. Con tale disposizione, gli Stati membri vengono onerati di comunicare agli organi

²⁰⁶ Cfr. le sentt. *CIA Security* e *Unilever*, cit. *supra*, § 1.1.

²⁰⁷ D.l. 15 dicembre 1979, n. 625, con. in legge n. 15/1980.

²⁰⁸ Su cui cfr. L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?* in *Giur. cost.*, 1983, I, 98 ss.; A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, *ivi*, 108 ss.

²⁰⁹ «1. In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale. (...) 3. Ogni Alta Parte Contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario Generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario Generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano di essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione.»

del Consiglio d'Europa le misure adottate in deroga ai diritti garantiti dalla Convenzione e i motivi della deroga²¹⁰. La mancata verifica da parte dei giudici e della stessa Corte, in quell'occasione, del rispetto da parte del Governo degli obblighi imposti dall'art. 15 CEDU dimostrerebbe che la Corte non si è «data carico del problema della immediata applicabilità, ovvero dell'interna vigenza delle norme della Convenzione»²¹¹.

Il caso, depurato delle sue specificità, sembra ben mostrare il valore che norme apparentemente “interstatuali” posso rivestire per la tutela dei diritti. Sebbene una disposizione come quella dell'art. 15 CEDU non sia direttamente volta al riconoscimento di diritti ai singoli da far valere contro i propri Stati, bensì diretta a onerare questi ultimi di meri obblighi di comunicazione, il mancato rispetto di tale vincolo *giuridico* ben potrebbe essere fatto valere in giudizio dai singoli. Ciò, se solo i giudici (la Corte EDU e, soprattutto, i giudici nazionali) adottassero una *strategia* volta a rendere più stringenti i rapporti di mutuo controllo tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, così da raggiungere una più forte vigilanza reciproca sulla tutela dei diritti individuali²¹². Altrimenti detto, la vicenda della svalutazione dell'art. 15 CEDU è paradigmatica del fatto che, nel sistema CEDU, il grado di “collaborazione” giudiziaria (nella vigilanza sui rispettivi organi politici interni) era ed è ancora embrionale (a differenza dell'ordinamento dell'UE), potendo l'intensificarsi di una simile “collaborazione” rendere del tutto irrilevante l'apparente “interstatualità” della disposizione CEDU sugli obblighi di comunicazione.

Non è, dunque, quello dei *diritti individuali* (quali oggetto precipuo delle norme autoapplicative) un profilo autonomo dei fenomeni che si stanno studiando, bensì un profilo connesso con quello della *sanzionabilità dell'inerzia*, secondo il modello proposto sopra²¹³.

²¹⁰ Cfr. G. BATTAGLINI, *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giur. cost.*, 1982, 420 ss., secondo cui l'obbligo di notifica costituisce condizione di legittimità delle misure emergenziali, spettando al giudice nazionale (chiamato ad applicare le misure emergenziali in questione, come l'autorizzazione al prolungamento della custodia cautelare) verificare se vi sia stata notifica e se il Governo abbia contestualmente fornito la prova di un'applicazione delle misure «solo 'nella stretta misura' della necessità imposta dalle singole circostanze».

²¹¹ S. BARTOLE, *Interpretazioni...*, cit., 323.

²¹² L'approccio della Corte EDU, ossequioso del c.d. “margine d'apprezzamento” degli Stati, avrebbe reso fin qui piuttosto blanda l'effettività dei vincoli derivanti dall'art. 15 CEDU: cfr. P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2006, 1054 s., ove si lamenta anche il fatto che gli obblighi di comunicazione siano intesi, tanto dagli Stati che dalla Corte, come mero elemento procedurale anziché come condizione materiale e quale garanzia contro gli abusi del potere di deroga (ivi, 1069).

²¹³ Cfr., in particolare, la tesi di BENVENISTI, *op. cit.*, sulla scarsa autoapplicabilità del diritto internazionale, quale indice di scarsa “cooperazione giudiziaria”: *supra*, § 2.1.

CAPITOLO TERZO

AUTOAPPLICABILITÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Autoapplicabilità e diritti fondamentali: 1.1. Il filo rosso dei diritti nei sistemi “ad alta autoapplicabilità”. – 1.2. (*Segue*) ... e in quelli “a bassa autoapplicabilità”. – 2. Diritti fondamentali e Regioni: 2.1. La tutela dei diritti quale nuova declinazione dell’interesse nazionale. – 2.2. Il nuovo modello costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti. – 2.3. I livelli essenziali tra politica e diritto. – 2.4. I fondi statali vincolati: un’incostituzionalità “tollerata” in ossequio ai diritti? – 2.5. (*Segue*) Finanziare i diritti senza garantirli? – 2.6. L’ombrello dei diritti: sanzione o premio all’inattuazione statale dell’autonomia regionale? – 3. Diritti fondamentali e referendum abrogativo: 3.1. Tutela minima dei diritti e inabrogabilità referendaria. – 3.2. Anticipazione del giudizio incidentale e “blindatura” delle leggi attuative di diritti. – 3.3. Ipervalutazione del legislatore o del potere referendario e deresponsabilizzazione dei giudici. – 4. Diritti fondamentali e potere giudiziario: 4.1. La “dottrina” della Corte sulla c.d. *tutela minima* dei diritti inviolabili: il caso dell’art. 2059 c.c. – 4.2. Il modello (fuorviante) dell’art. 36 Cost. – 4.3. Tutela minima dei diritti: ragioni e controindicazioni di una *non-dottrina* della Corte. – 4.4. (*Segue*) L’immediata precettività del diritto costituzionale di asilo secondo la Cassazione. – 5. La *tutela minima* dei diritti quale dottrina dell’autoapplicabilità *non invasiva* della discrezionalità legislativa? – 6. Autoapplicabilità dei *doveri* e riserva di legge: 6.1. L’autoapplicabilità delle norme costituzionali quale matrice di poteri *extra-legem*? – 6.2. Diretta applicabilità della Costituzione e poteri della p.a. – 6.3. Autoapplicabilità dei diritti della collettività e potere d’ordinanza. – 6.4. L’insuperabile valenza garantista della riserva di legge. – 7. Conclusioni (provvisorie) sull’autoapplicabilità delle norme alla luce dei diritti.

1. *Autoapplicabilità e diritti fondamentali*

1.1. *Il filo rosso dei diritti nei sistemi “ad alta autoapplicabilità”*

Il secondo filo rosso che tiene assieme i diversi siti della mappa è quello della tutela dei diritti fondamentali. Si tratta di un filo, come si è visto, ben intrecciato con l’altro della sanzionabilità dell’inerzia del potere politico. Esso emerge chiaramente nell’ambito della c.d. *Drittwirkung* dei diritti e delle libertà costituzionali, tutelabili immediatamente anche in assenza di specificazioni legislative (paradigmatica la giurisprudenza, costituzionale ma soprattutto dei giudici comuni, sull’art. 32 Cost., in

tema di diritto individuale alla salute; nonché sugli articoli 36 e 40 Cost., in tema di giusta retribuzione del lavoratore dipendente e di sciopero). Ma, come noto, il fenomeno va oltre la diretta invocabilità nei rapporti interprivati dei diritti e delle libertà costituzionali, riguardando posizioni di vantaggio costituzionalmente tutelate – senza intermediazione del legislatore – anche nei confronti dei pubblici poteri¹.

Sempre nell'ambito delle norme costituzionali volte al riconoscimento di diritti, di libertà e, in generale, posizioni di vantaggio ai singoli, l'autoapplicabilità di queste ultime tiene assieme, fin dalle origini, le varie tipologie di sentenze adottate dalla Corte in alternativa alla dichiarazione "secca" di incostituzionalità, per ovviare al vuoto di disciplina (e di tutela dei diritti costituzionali) che pronunce meramente demolitorie sarebbero in grado di causare. Sentenze di accoglimento parziale, additive, sostitutive e, infine, additive di principio, non sono univocamente legate all'esigenza di rendere in qualche modo i diritti costituzionali "autoapplicativi", collocandosi esse nel più ampio contesto dei poteri di cui dispone la Corte per garantire la rigidità costituzionale e la supremazia della Costituzione, evitando che l'argomento del vuoto di disciplina e della discrezionalità legislativa valgano da "potere di blocco" del sindacato di costituzionalità. Non sembra tuttavia un caso che i capisaldi della "dottrina" della Corte siano costituiti, alle origini, da decisioni sui diritti (come quella, ben nota, sulla presenza del difensore all'interrogatorio dell'imputato)². Analogamente accade per ciò che riguarda l'ultimo stadio evolutivo delle pronunce additive della Corte, quelle c.d. di principio. In queste, è l'esigenza di tutela di posizioni soggettive che contribuisce a fondare (più pragmaticamente che non teoricamente) lo schema della Corte secondo cui, pur in assenza di "rime obbligate" che limitino la discrezionalità del giudice nell'opera di integrazione dell'ordinamento, il giudice comune è *comunque* chiamato a rendere operativo il principio "aggiunto" dalla decisione della Corte, fintanto che il legislatore non si attivi³.

¹ Oltre allo stesso art. 32 Cost., si veda anche la c.d. "tutela minima" delle minoranze linguistiche riconosciute, *ex art.* 6 Cost.; il diritto dei portatori di handicap all'inserimento scolastico; il diritto d'asilo, *ex art.* 10 Cost.; ecc. Cfr. *infra*, § 4.4.

² C. cost. n. 190/1970, in cui la Corte risolse separatamente i due profili, quello "demolitorio", della incostituzionalità dell'esclusione del difensore, quale disparità rispetto alla presenza del pubblico ministero all'interrogatorio; quello "integrativo", del modo attraverso cui ripristinare la parità, se eliminando anche la presenza del p.m., o imponendo quella del difensore. Rispetto a quest'ultimo, la Corte stabilì che la soluzione coerente coi principi del codice era soltanto la seconda, in quanto la «più idonea a realizzare la parità di contraddittorio attraverso una disciplina che, conformemente alle direttive imposte dall'art. 24 della Costituzione, consente un più efficiente esercizio del diritto di difesa» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

³ Cfr. *supra*, capitolo II, § 5.

Non meno noto è l'uso dell'argomento dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto internazionale (specie convenzionale), risultando la natura *self-executing* di un trattato spesso condizionata alla volontà degli Stati contraenti di riconoscere posizioni di vantaggio non a se stessi (cioè, agli apparati politici di vertice, c.d. Stato-persona), bensì ai propri cittadini e a tutti gli individui sottoposti alla propria giurisdizione. L'argomento è sempre più spesso criticato⁴ (non diversamente da quanto si registra nel diritto comunitario)⁵, ma sta di fatto che esso è ancora ben presente nella prassi. Tesi di fondo è che, con i trattati sui diritti umani e in generale nei riconoscimenti normativi di diritti individuali, gli Stati non si fanno concessioni reciproche, soggette alla valutazione politica dell'opportunità se, quando e come attuare tali concessioni, ovvero interromperle, magari a titolo di ritorsione, in ogni caso nell'esercizio di quel potere di gestione dei rapporti internazionali tradizionalmente affidato al vertice politico. Con tali riconoscimenti di diritti, al contrario, gli Stati mirano appunto a una più avanzata tutela degli individui all'interno del proprio territorio⁶. E simile tutela non dovrebbe essere usata come moneta di scambio nelle successive relazioni internazionali (bilaterali o multilaterali), dovendo, al contrario, rientrare nell'orbita della garanzia giudiziaria, imparziale e indipendente, dei diritti individuali, al pari di quanto avviene per i diritti e le libertà costituzionali garantite sul piano interno⁷.

Altrettanto evidente è il filo rosso dei diritti individuali nell'ordinamento comunitario e nella "dottrina" della Corte di Giustizia, la quale fin dalle origini ha coniugato effetti diretti (e primato) delle norme CE (oggi UE) con la necessaria tutela giudiziaria dei diritti individuali in quelle norme riconosciuti⁸. In questo ambito emerge – più chiaramente che altrove – l'intreccio con il filo della sanzionabilità dell'inerzia del po-

⁴ Cfr. T. BUERGENTHAL, *op. cit.*, 320; L. CONDORELLI, *op. cit.*, 84; I. YASAWA, *op. cit.*, 646 ss.

⁵ Cfr. S. PRECHAL, *op. cit.*,

⁶ Cfr. J. PAUWELYN, *The Nature of WTO Obligations*, cit. 12.

⁷ Esemplare, naturalmente, il caso della CEDU, nella sua qualità di trattato multilaterale con obbligazioni di tipo "integrale", che non tollerano l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*": cfr. P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK (ed.), *Theory and Practice of the ECHR*, cit., 47 s., in cui si ricorda la giurisprudenza della Corte EDU (caso *Irlanda c. Regno Unito*, del 18 gennaio 1978, § 239), secondo cui la CEDU fonda un sistema di «obbligazioni oggettive [cui è assicurata], con le parole del Preambolo..., una "garanzia collettiva"». Si tratterebbe di un trattato finalizzato a un livello minimo di uniformità nel peculiare campo dei diritti umani. Nel caso *Loizidou*, 23 marzo 1995, § 75, la Corte EDU ha sottolineato la peculiare natura della CEDU quale «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo». Sia pure in un contesto particolare, la stessa Corte EDU si è spinta a qualificare la Convenzione come «Costituzione europea dei diritti dell'uomo» (Parere sulla riforma del sistema di controllo della CEDU, Doc. Cour (92) 14,42.

⁸ Cfr. supra, Cap. II § 5.

tere politico, essendo ormai innumerevoli gli studi che riconoscono la strumentale alleanza tra privati e Corte di Giustizia (nonché giudici nazionali, nella loro “veste comunitaria”) nel vigilare sulla corretta osservanza (e tempestiva attuazione) del diritto comunitario da parte degli organi politici interni, specie da parte dei legislatori nazionali. Ne è specchio rivelatore l’uso concettuale che la Corte ha fatto del rinvio pregiudiziale, al fine di dimostrare come un collegamento processuale tra giudici nazionali e giudice comunitario sia spiegabile solo con la volontà degli Stati – iscritta nei trattati istitutivi – di garantire l’invocabilità in giudizio dei “diritti” riconosciuti dalle norme del diritto dell’Unione. E ciò, fino a far prevalere tale elemento processuale su altri indicatori formali dei trattati, volti a limitare la diretta applicabilità di alcune fonti⁹. Profilo più delicato è, semmai, quello di distinguere la differente portata assunta (in genere e, più specificamente, nel diritto dell’UE) dai diritti umani rispetto ai diritti degli operatori economici¹⁰. Argomento delicato, che tuttavia non è necessario affrontare in questa sede¹¹.

1.2. (Segue) ... e in quelli “a bassa autoapplicabilità”

Fin qui i fenomeni più macroscopicamente accomunati dalla tutela dei diritti individuali (inviolabili, fondamentali, ecc.). Meno appariscente, il filo rosso dei diritti lega però anche alcuni degli altri ambiti. In particolare, v’è il problema dell’autoapplicabilità dei principi contenuti in una legge delega, rispetto ai quali, come si è visto, è solo collocandosi nella prospettiva della omessa garanzia di determinati *diritti individuali* che può impostarsi un discorso sull’insufficienza della mera responsabi-

⁹ Cfr. il caso *Pupino*, più volte richiamato nel Cap. II.

¹⁰ Cfr. A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say...*, 406 ss., il quale, richiamando la stessa Carta di Nizza, sottolinea la distinzione tra diritti fondamentali e meri diritti individuali, quali sarebbero le tradizionali quattro libertà del TCE (oggi del TFUE). Per la disciplina e i limiti di quest’ultime, il legislatore comunitario ha l’ultima parola, anche in difformità con quanto precedentemente affermato dalla Corte di giustizia, la quale, a sua volta, applica direttamente i principi del TCE (TFUE) solo in assenza di diritto derivato. La funzione delle libertà economiche è differente dai diritti umani, mirando le prime alla creazione del mercato unico e i secondi a limitare il processo politico sovranazionale (funzione “contromaggioritaria” analoga a quella assunta dai diritti inviolabili negli ordinamenti statuali). Il che spiegherebbe la possibilità di costruire delle “riserve di giurisdizione” quanto a interpretazione e applicazione dei soli diritti umani/inviolabili, non per i diritti economici. Sulla funzione non contromaggioritaria della Corte di giustizia, bensì “maggioritaria” (nel senso di imporre ai singoli Stati membri le decisioni “a maggioranza” prese nell’ambito del procedimento legislativo comunitario, ovvero di spingere gli Stati verso una regolazione comune od omogenea di certi settori), cfr. M.P. MADURO, *We, the Court*, cit., *passim*, che parla di «majoritarian activism» (p. 11).

¹¹ Si tornerà in seguito, sia pure ad altri fini, sul punto: cfr. Cap. IV, § 1.

lità politica del Governo verso il Parlamento, quale sanzione alla mancata o incompleta attuazione della delega.

V'è, poi, l'ambito dei rapporti Stato-Regioni, ove è ammessa la possibilità che il legislatore regionale sia (in parte) privato del potere di disciplinare materie di propria competenza (esclusiva, per le Regioni speciali, concorrente e, oggi, residuale, per quelle ordinarie), per essere queste già disciplinate dal legislatore statale in modo uniforme nei confronti di tutti gli individui presenti sul territorio statale. In presenza, infatti, di interessi costituzionali particolarmente qualificati (specie in termini di diritti individuali), al legislatore statale viene riconosciuto (da parte della Corte costituzionale) un più ampio potere di fissare norme-limite, inderogabili da parte del legislatore regionale, ovvero norme statali di dettaglio, temporaneamente giustificate in base all'esigenza di non interrompere prestazioni pubbliche ricollegabili a diritti individuali.

Venendo, infine, all'ambito del referendum abrogativo, il profilo comune con i precedenti è quello della tutela dei diritti quale limite alla abrogabilità delle leggi c.d. costituzionalmente necessarie o obbligatorie, ossia di quelle leggi ordinarie che, per la loro funzione di strumentare la disciplina di uno o più diritti e libertà costituzionalmente sanciti, non possono essere colpite da abrogazione totale, bensì, eventualmente, solo parziale. Per la Corte, infatti, si tratta di leggi «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, (le quali), una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento»¹².

Come già accennato sopra (cap. I, § 5), questi ultimi tre ambiti sembrano contraddire l'impostazione assunta dalla Corte negli altri (in termini di "fiducia" nell'implementazione giudiziaria dei diritti costituzionali). Occorre, a questo punto, svolgere un'analisi più accurata sulla giurisprudenza costituzionale ad essi relativa, partendo da quella sull'art. 117 Cost.

2. *Diritti fondamentali e Regioni*

2.1. *La tutela dei diritti quale nuova declinazione dell'interesse nazionale*

La revisione del Titolo V della Costituzione ha soppresso, come noto, il riferimento costituzionale all'interesse nazionale, quale legittima-

¹² C. cost. n. 49/2000.

zione *generale* di interventi legislativi statali incidenti su sfere competenziali spettanti alle Regioni¹³. La riforma costituzionale del 2001 non ha comportato, però, un totale stravolgimento del quadro previgente, posto che il vecchio interesse nazionale è stato convertito in una serie di titoli competenziali più specifici, quali sono molte delle competenze “*passerpartout*” rimaste nell’esclusiva disponibilità dello Stato e ispirate all’esigenza di garantire l’unità della Repubblica¹⁴.

Uno dei profili in cui l’interesse nazionale può dirsi oggi decostruito è quello della tutela dei diritti individuali, che deve essere uniformemente garantita su tutto il territorio nazionale, senza che la differenziazione e la (relativamente) legittima competizione tra sistemi normativi locali possa recarvi danno. Il titolo più appariscente è, ovviamente, quello dell’art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost. e della riserva statale sulla fissazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) concernenti i diritti civili e sociali¹⁵. Ma la stessa materia della tutela giurisdizionale dei diritti, assieme all’ordinamento civile e penale (art. 117, co. 2, lett. *l*) Cost.), sono chiaramente competenze legate all’esigenza di uniforme tutela dei diritti individuali, cui possono aggiungersi le materie della previdenza, la tutela dell’ambiente, nonché le norme generali sull’istruzione (lett. *o*), *s*), *n*) della stessa disposizione). Mentre, tra le competenze concorrenti, troneggia la tutela della salute¹⁶.

¹³ Cfr., sinteticamente, S. BARTOLE, R. BIN, G. FALCON, R. TOSI, *Diritto regionale*, Bologna 2005, 207 ss.

¹⁴ Cfr. F. BENELLI, *La “smaterializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano 2006, *passim*.

¹⁵ Cfr. A. D’ALOIA, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*, 2003/6, 1068 ss. Accosta i LEP all’interesse nazionale anche M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, co. 2, lett. m), della Cost.*, in *Pol. dir.*, 2002, 354. Cfr. C. cost. n. 282/2002 (punto 3), secondo cui non si tratta «di una materia in senso stretto, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare a tutti, sull’intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle».

¹⁶ Esemplifica bene lo schema (argomento della tutela del diritto alla salute quale fattore di erosione della competenza legislativa concorrente delle Regioni) la sent. n. 438/2008, ove il principio fondamentale del c.d. consenso informato, quale diritto del paziente nei confronti del medico, ha condotto la Corte a negare, in pratica, qualsiasi intervento del legislatore regionale attuativo e/o specificativo delle modalità operative del consenso informato (che non sia la mera predisposizione degli eventuali formulari): cfr. le critiche di R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato...*, cit.; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009/3-4, 627 ss.; F. CORVAJA, *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, *ivi*, 642 ss.

Non si tratta di una novità dirompente, posto che già nel passato giurisprudenza e dottrina avevano intravisto nella tutela di diritti costituzionali una giustificazione delle “ingerenze” statali nelle competenze legislative regionali che fosse più selettiva dell’*interesse nazionale* di cui al vecchio art. 117 Cost.¹⁷.

Il nuovo quadro è tuttavia ancora non nitido nei suoi contorni e merita di essere studiato, specialmente sotto il profilo peculiare del nesso tra tutela dei diritti individuali e autoapplicabilità delle norme. Da un lato, infatti, il tema dell’autoapplicabilità richiama quello dei rimedi ai possibili vuoti di tutela dei diritti causati dal cattivo funzionamento dei rapporti tra Stato e Regioni (specie, ma non solo, in caso di inerzia regionale). Da un altro lato, questo profilo permette di indagare la tenuta della distinzione tra principio e dettaglio che il nuovo art. 117, co. 3, Cost. sembra non solo aver perpetuato ma anche, in apparenza, rafforzato, con una formulazione testuale che obbliga lo Stato, più chiaramente che nel passato, a restare entro i confini di una normativa “di (mero) principio”¹⁸. Formulazione costituzionale che, tuttavia, non ha impedito alla Corte di affermare la perdurante compatibilità costituzionale del vecchio art. 10 della legge “Scelba” (l. 62/1953), negando che il rapporto tra

¹⁷ Cfr. C. cost. n. 406/1992, che qualifica in termini di «evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile», l’esigenza di «garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap»; sent. n. 109/93, sulle azioni positive per le donne nell’imprenditoria (ex l. 215/92), che adduce l’interesse nazionale a sostegno della necessaria uniformità e per scongiurare il rischio di disparità di trattamento (entrambi gli esempi sono tratti da A. D’ALOIA, *op. cit.*, 1067 s., nt. 18). Per la dottrina anteriore al nuovo Titolo V, cfr. R. TOSI, «*Principi fondamentali*»..., cit., 176 ss., secondo cui, in presenza di diritti costituzionali come quello alla salute ex art. 32 Cost., ben può l’intervento statale essere più penetrante e più vincolante verso la potestà legislativa regionale, che non in presenza di interessi costituzionali più blandamente garantiti.

¹⁸ Cfr., in termini generali, C. cost. n. 282/2002 (punto 4) e n. 303/2003 (punto 16). Sotto il nuovo Titolo V sembrano divenute più frequenti formule come quelle rinvenibili in C. cost. n. 371/2008 (punti 9 e 11), che colpisce norme statali che, «lungi dall’essere espressiv(e) di un principio fondamentale, regola(no) in modo dettagliato ed autoapplicativo» aspetti della materia (tutela della salute). Tuttavia la Corte ha continuato ad accreditare come principi vincolanti anche norme dettagliate e autoapplicative, stante il loro nesso teleologico con gli scopi fissati dalla stessa legislazione statale (sentt. n. 303/2003, punti 11 e 16; n. 4/2004, punto 2; n. 36/2004, punto 6). In alcune materie, come i “principi” di coordinamento della finanza pubblica, la Corte ha poi accreditato «come “principi” interi blocchi normativi anche di minuto dettaglio» (così A. ANZON, “*Legislazione concorrente*” o konkurrierende Gesetzgebung?, in *Giur. cost.*, 2006, 531, che cita le sentt. nn. 4, 260 e 390/2004; analogo rilievo viene ivi svolto per la sub-materia del divieto di fumo, sulla scorta delle sentt. n. 361/2003; nn. 59 e 63/2006). Si veda anche la giurisprudenza che, a partire dalla sent. n. 308/2003, ha considerato norme rigidamente inderogabili le puntuali previsioni statali in materia di elettrosmog (cfr. F. CORVAJA, *Abrogazione di legge regionale*..., cit., 1059 s.).

nuove norme statali (di principio) e vecchie leggi regionali (di dettaglio) possa configurarsi *solo* in termini di illegittimità costituzionale sopravvenuta e non anche in termini di abrogazione¹⁹.

Che il nesso tra tutela (uniforme) dei diritti (costituzionali) e riparto di competenze tra Stato e Regioni vada approfondito è, del resto, reso evidente dalla non univoca posizione della Corte, nella cui giurisprudenza sembrano agire tendenze opposte. Da una parte, la Corte si è dichiarata non disposta a intervenire per colmare “creativamente” inerzie regionali, che pure sembrano minare l’effettività dei diritti garantiti dal legislatore statale²⁰. Da un’altra parte, la Corte ha forgiato nuove tecniche decisorie, le quali, ispirate proprio alla tutela dei diritti, sembrano ricalcare molto da vicino lo schema della preferenza (per la legge regionale) e della cedevolezza (della legge statale, pure invasiva delle competenze regionali)²¹.

¹⁹ Cfr. sentt. nn. 376/2002, 302/2003, 222 e 223/2007, su cui ancora F. CORVAJA, *op. cit.*, 1064 ss.

²⁰ Cfr. C. cost. 467/2005, punto 3, in cui la Corte afferma che la legge regionale attuativa dei LEP fissati dallo Stato (nell’assistenza sanitaria) è sì legittima, nonostante la parzialità dell’attuazione, ma che la Regione «dovrà disciplinare» l’ulteriore implementazione organizzativa della prestazione, disciplina «che non può essere certo sostituita da una pronunzia di questa Corte», la cui mancanza, tuttavia, non inficia «l’esistenza del diritto all’erogazione» della prestazione sanitaria in oggetto (prodotti sostitutivi del latte materno per i figli di madri sieropositive per HIV).

²¹ Cfr. C. cost. n. 13/2004, punti 3 e 4 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte, pur riconoscendo l’invasione delle competenze regionali da parte di una legge statale che disciplinava nel dettaglio la materia concorrente dell’istruzione (fissando in capo a un organo statale la competenza a svolgere la programmazione della rete scolastica), ha stabilito che l’esigenza di continuità del servizio disciplinato e le posizioni individuali che vi si connettono (diritti di alunni, genitori e insegnanti) esigono la transitoria (e precaria) permanenza della legislazione (e dell’amministrazione) statale, fino al successivo intervento normativo ed organizzativo delle Regioni: cfr. P. MILAZZO, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e “raffina” il principio di continuità*, in *Regioni*, 2004, 974; F. DAL CANTO, E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino 2005, 245 ss.; M. MASSA, *Le norme cedevoli...*, cit., 452 s.; F. BIONDI DAL MONTE, *La Corte costituzionale torna sui fondi vincolati, con alcune novità in materia di immigrazione*, in *Regioni*, 2008, 647 s. Ispirata a logiche analoghe è la tecnica di giudizio adottata da C. cost. n. 308/2004, sull’istituto del “prestito fiduciario” agli studenti, sostitutivo del previgente “prestito d’onore”, che la Corte tiene “precaramente” in vita (fino al successivo intervento delle Regioni) al fine di non pregiudicare il diritto allo studio, *ex art. 34, co. 4, Cost.*: cfr. F. DAL CANTO, E. ROSSI, *op. cit.*, 247 s. Parzialmente affine è C. cost. n. 256/2004, ove vengono fatti salvi i regolamenti statali relativi al finanziamento del Fondo unico per lo spettacolo (FUS), invocando l’esigenza di non compromettere «attività attraverso le quali valori di fondamentale rilevanza costituzionale – nella specie protetti dagli artt. 9 e 33 Cost. – sono realizzati»: cfr. F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell’applicazione diretta del testo costituzionale* (2010), in *www.federalismi.it*, 14 s.

2.2. *Il nuovo modello costituzionale dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti*

Può sembrare che la strada maestra dell'inquadramento teorico dei problemi appena richiamati sia, in fondo, già tracciata dallo stesso legislatore costituzionale, il quale, nella riforma del 2001, ha voluto inserire una disposizione così pregnante come quella sui livelli essenziali delle prestazioni in cui si sostanziano i diritti civili e sociali degli individui (art. 117.2/*m*), fra l'altro assistendola di specifica garanzia tramite l'attribuzione di poteri sostitutivi al Governo nei confronti delle Regioni eventualmente inadempienti (art. 120, co. 2, Cost.)²². Si tratta, tuttavia, di uno schema non privo di zone d'ombra. Di esso si discute, ad es., se l'oggetto della nuova disposizione costituzionale riguardi solo la dimensione quantitativa di prestazioni pubbliche o anche il contenuto essenziale dei diritti²³. E ancora, se i LEP debbano consistere in norme meramente direttive e "di principio", come tali *non autoapplicative*, o al contrario in norme dettagliate e autoapplicative²⁴. Infine, se davvero l'intervento sostitutivo statale *ex art. 120, co. 2, Cost.*, debba necessariamente seguire l'inerzia regionale, ipotizzandosi invece, proprio con riguardo ai LEP, anche interventi preventivi dettati da peculiari urgenze e situazioni di fatto²⁵.

Al di là di tutto, lo schema prefigurato dagli articoli 117.2/*m* e 120 Cost. sconta una ineffettività di fondo, legato com'è al nuovo modello di finanza regionale contemplato dall'art. 119 Cost. ma non ancora implementato dal legislatore. E l'inattuazione dell'art. 119 Cost. è ciò che più di tutti concorre, come si vedrà, a perpetuare il potere dello Stato di legiferare in modo estensivo e dettagliato anche in materie di competenza concorrente regionale.

2.3. *I livelli essenziali tra politica e diritto*

Scendendo ad analizzare la giurisprudenza costituzionale sull'art. 117.2/*m*, la Corte ha dovuto, innanzitutto, fronteggiare il reiterato tenta-

²² In cui il potere sostitutivo viene espressamente ricondotto, tra l'altro, alla tutela dei LEP.

²³ A. D'ALOIA, *op. cit.*, 1107 (che rileva, comunque, la difficoltà di una netta distinzione).

²⁴ Cfr. A. SIMONCINI, *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, in *Regioni*, 2003, 1217 s.; G. GUIGLIA, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova 2007, 15, nt. 27.

²⁵ Cfr. P. CARETTI, *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Regioni*, 2002/6, 1335.

tivo del Governo di accreditare un uso della clausola sui diritti scopertamente surrogatorio dell'interesse nazionale, quale titolo di legittimazione per qualsiasi normativa statale interferente con le (accresciute) competenze regionali²⁶. Stante la facilità con cui una disciplina può, sotto uno o più profili, essere ricondotta all'ambito dei *diritti civili e sociali*, una simile impostazione avrebbe recato un grave *vulnus* all'autonomia legislativa delle Regioni. Si comprende, perciò, la reazione piuttosto rigorosa della Corte, secondo cui l'art. 117.2/m può essere invocato solo «in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa nazionale definisca il livello essenziale di erogazione», mentre esso non è utilizzabile «al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina, da parte dello Stato, di interi settori materiali»²⁷.

A simile impostazione, tuttavia, si lega l'ulteriore affermazione della Corte, secondo cui la fissazione dei LEP è un onere del legislatore statale, che deve appunto fissare *espressamente* livelli determinati di prestazioni se vuole assorbire (o interferire con) competenze regionali²⁸. Per la Corte la fissazione dei LEP è, dunque, solo *eventuale*, rimessa com'è alla discrezionalità del potere politico statale. Ma questa affermazione, come accennato, sembra contraddire il nobile rango costituzionale dei diritti, la cui effettività su tutto il territorio nazionale viene ridotta a "*political question*"²⁹.

Connotati di "*political question*" sembra rivestire anche un altro aspetto dei LEP, ossia quello del limite oltre il quale l'essentialità stabilita dal legislatore statale si traduce in indebita violazione di competenze regionali. Non troppo diversamente da come avvenuto (e continua ad avvenire) per i principi fondamentali delle "leggi cornice", la Corte non si impegna in una spinosa opera definitoria *a priori*, sostenendo che il livello oltre il quale una prestazione inerente i diritti cessa di essere "es-

²⁶ Cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, 4 s.

²⁷ C. cost. n. 285/2005, cui *adde* sentt. nn. 350 e 371/2008; n. 181/06; n. 6/2004. In quest'ultima decisione il riferimento della Corte è anche all'art. 120 Cost., in cui i LEP costituiscono titolo per l'esercizio di poteri sostitutivi del Governo, da ciò deducendosi che tali livelli devono essere espressamente fissati e non ricavati per implicito a giustificazione delle più disparate discipline statali: cfr. E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a contemperare autonomia e eguaglianza*, in *Regioni*, 2006/2-3, 571.

²⁸ C. cost., sentt. n. 6/2004; n. 383/05, su cui cfr. E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza?*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, II ed., Milano 2007, 41.

²⁹ Cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, 19 s., nt. 34; 69. Cfr. però C. cost. n. 399/2006, in materia di diritto di accesso rispetto al quale la Corte parla di doverosità da parte dello Stato della fissazione dei LEP: cfr. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino 2010, 72.

senziale” è scelta *intrinsecamente* discrezionale, rimessa al legislatore statale³⁰.

Da quanto fin qui illustrato, si può dire che il modello che sembra avere in mente la Corte, quando ricostruisce la portata dell’art. 117.2/m, è quello già sperimentato prima della riforma costituzionale del 2001 con le due leggi in ambito di assistenza sanitaria e sociale³¹. Secondo tale modello, il legislatore statale è *tenuto*, in ossequio alla riserva di legge *ex art. 117.2/m*, a fissare principi e criteri sui LEP al fine di guidare una successiva normazione secondaria (di natura prevalentemente “tecnica”), anch’essa *statale* ma *concertata* con le Regioni, ulteriormente implementabile da normative regionali³². Il modello lascia aperto il problema di un’inerzia legislativa regionale e della sua eventuale sanzione. Il tema è, come si vede, ancora una volta intimamente intrecciato alle tecniche dell’autoapplicabilità delle norme. Esso, finora solo sfiorato dalla Corte³³,

³⁰ C. cost. 134/2006, punto 9, (su cui cfr. adesivamente E. BALBONI, P. RINALDI, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Regioni 5/2006*, 1014 ss.); sulla “politicità” della definizione della “essenzialità”, cfr. R. TOSI, *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai “livelli essenziali delle prestazioni...”*, in *www.forumcostituzionale.it* (2003); R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli 2005, 369. Diversamente, per G. GUIGLIA, *op. cit.*, 34 ss., 66, i LEP, essendo indistinguibili dai contenuti essenziali dei diritti cui afferiscono (come accennato dalla stessa C. cost. n. 282/2002, cit.), andrebbero sottratti all’esclusiva discrezionalità legislativa. Per M. LUCIANI, *op. cit.*, 352, l’eventuale scrutinio sulla definizione di “essenzialità” può giungere a censurare solo la manifesta irragionevolezza o contraddittorietà della scelta statale. Con riguardo alla programmazione sanitaria, si è rilevato come il dettaglio e l’ampiezza con cui vengono fissate le prestazioni induce a dubitare della loro effettiva “essenzialità”: A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, in R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano 2005, 616 s.

³¹ Cfr. il d.lgs. 229/1999 che rinvia a successivi d.p.c.m. la fissazione, concertata in Conferenza Stato-Regioni, di piani sanitari nazionali; la l. 328/2000, sull’assistenza sociale, ove i livelli essenziali, da specificarsi con successivi piani nazionali concertati tra Governo e Regioni e adottati con d.P.C.M., sono definiti nei termini – assai generici – di tipologie di interventi da erogare sotto forma di beni e servizi. Per entrambe le discipline vale il principio di *contestualità* tra fissazione dei livelli essenziali e quantificazione delle risorse finanziarie disponibili per implementarli. Tali normative avrebbero costituito i modelli ispiratori dell’art. 117.2/m, la cui formulazione costituisce evoluzione di quanto già previsto nel progetto della Bicamerale: cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 348 s. Cfr. altresì A. D’ALOIA, *op. cit.*, 1083; 1106; E. BALBONI, *Livelli essenziali...*, cit., 39 ss.

³² Cfr. C. cost. n. 345/2004 e n. 88/2003, su cui cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, 15 s., 21; A. D’ALOIA, *op. cit.*, 1123, nonché C. PANZERA, *op. ult. cit.*, 74 s., che rinvia C. cost. 134/2006 e 387/07. Esistono eccezioni al modello, in quei casi in cui la Corte ha ammesso la configurabilità di LEP consistenti in norme statali inderogabili e “autoapplicative”, non precedute da concertazione con le Regioni e immediatamente vincolanti: C. cost. n. 162/2007, punto 9.4, sul c.d. “blocco delle liste di attesa” per le prestazioni sanitarie; C. cost. n. 10/2010, sulla c.d. “social card”, o “carta acquisti”, che verrà analizzata *infra*.

³³ Cfr. C. cost. 467/2005, cit. Ivi la Corte lascia intendere che la disciplina regionale (or-

appare inestricabilmente connesso con la portata da assegnare allo stesso art. 120, co. 2, Cost., quanto al possibile ricorso alla sostituzione “normativa”, oltre che “amministrativa”, del Governo nei confronti delle Regioni, relativamente all’inattuazione dei LEP fissati dallo Stato³⁴.

Il dato problematico che emerge non è solo quello appena accennato della sanzione dell’inerzia regionale, bensì quello della sanzione dell’inerzia *statale*, per ciò che riguarda la mancata fissazione (o specificazione) dei LEP. La determinazione dei LEP nell’ambito dell’assistenza sociale, ad esempio, è prevista dal legislatore in modo assai vago e poco “azionabile” (art. 22, l. 328/00), attraverso un elenco generale di tipologie di prestazioni e servizi che debbono essere, con tutta evidenza, definite nel dettaglio dalla normativa secondaria³⁵. L’omissione di quest’ultima appare di ardua sanzionabilità. Sebbene non manchino in dottrina spunti volti a ipotizzare rimedi sanzionatori dell’inerzia legislativa da parte della Corte³⁶, occorre prendere atto di come il problema si collochi più sotto la tematica dell’autonomia finanziaria delle Regioni (e degli Enti locali) e dell’(in)attuazione dell’art. 119 Cost., che non sotto quello della omessa tutela legislativa di diritti individuali costituzionali e/o del-

ganizzatoria) sia necessaria all’implementazione dei LEP stabiliti dalla legge statale, risolvendosi la sua assenza in una lacuna “tecnica”, non colmabile con l’utilizzo della disciplina statale vigente ovvero con una sua pronuncia d’accoglimento “additiva” (cfr. E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni...*, cit., 567).

³⁴ Per il ricorso (poco probabile) all’art. 120, co. 2, Cost., al fine di rimediare alle inezie dei legislatori regionali in materia di LEP, cfr. C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna 2008, 152 ss.; G. GUIGLIA, *op. cit.*, 116 ss. Da rilevare che la stessa legge quadro sull’assistenza sanitaria prevede comunque dei meccanismi di sostituzione relativamente a specifiche inadempienze regionali (cfr. art. 2, co. 2-*octies* del d.lgs. 502/92), meccanismi che potrebbero essere adeguatamente generalizzati in riferimento all’attuazione dei LEP (cfr. A. D’ALOIA, *op. cit.*, 1132, nt. 251 e 1133, in cui si accenna anche al modello dei decreti delegati adottabili dal Governo in sostituzione dei legislatori regionali allo scadere del termine fissato dalla legge delega, secondo lo schema dell’art. 4, co. 5, l. 59/1997). Sul potere sostitutivo, cfr. in generale, C. MATNARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007, 168 ss., 250 (ove si conclude per l’impossibilità di riferire l’art. 120 Cost. anche alla sostituzione legislativa).

³⁵ Cfr. E.A. FERIOLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni...*, cit., 573, nt. 20; F. PIZZOLATO, *Art. 2 (Diritto alle prestazioni)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, 121 s.; P. SABBIONI, *Art. 3 (Principi per la programmazione)*, *ibidem*, 152 s.

³⁶ Il silenzio del legislatore statale, in tema di LEP, dovrebbe poter essere sanzionato attivando un «controllo di costituzionalità sulla “lacuna” legislativa, nella misura in cui sia possibile individuare un livello minimo inderogabile di prestazione che possa essere oggetto di accertamento giudiziale»: V. ONIDA, *Diritti sociali e politiche sociali*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, n. 16/2006, 2 s., cui aderisce G. GUIGLIA, *op. cit.*, 60 s. Cfr. altresì A. D’ALOIA, *op. cit.*, 1095 e 1115 s.; C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...*, in *Dir. pubbl.*, 2002/3, 896 ss.

l'immediata azionabilità di questi ultimi³⁷. Una decisione così formalizzata e stabile, come la fissazione *per legge* dei LEP, sconta, infatti, ineludibili difficoltà circa la “finanziabilità” di tali diritti³⁸. Conferma ne è la legge delega sul c.d. “federalismo fiscale”, ove si prevede che l'ammontare delle risorse da attribuire alle Regioni sia preceduto dalla definizione dei “livelli essenziali” delle prestazioni, *ex art.* 117.2/*m* Cost. (relativamente alla sanità, all'assistenza e all'istruzione), di cui si garantisce l'integrale finanziamento³⁹.

2.4. *I fondi statali vincolati: un'incostituzionalità “tollerata” in ossequio ai diritti?*

Un banco di prova utile a dimostrare l'intreccio tra tutela dei diritti e autoapplicabilità delle norme nell'ambito dei rapporti Stato-Regioni è rappresentato dalla prassi dei fondi (e dei finanziamenti) statali vincolati erogabili in “materie” regionali. Dinanzi alla incontestabile violazione delle competenze regionali operata da simile prassi, la Corte ha risposto forgiando una tecnica decisionale ispirata alle logiche dell'autoapplicabi-

³⁷ Cfr. R. BIN, *Diritti e fraintendimenti...*, cit., 368. Per A. D'ALLOIA, *op. cit.*, 1139, «la formula sui livelli essenziali si difende soprattutto sul piano delle risorse effettivamente disponibili per la perequazione»; similmente A. POGGI, *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, cit., 621 s.

³⁸ Cfr., tra i tanti, L. TORCHIA, *Sistemi di Welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002/4, 736 s. La dottrina ha già rilevato, fa l'altro, il mancato coordinamento tra i già illustrati modelli di fissazione e programmazione dei LEP vigenti nella legislazione sanitaria e assistenziale, e l'autonomia finanziaria garantita alle Regioni: E. BALBONI, *Livelli essenziali...*, cit., 44. Scoordinamento che rischia di riprodursi all'interno delle stesse norme costituzionali, tra gli artt. 117.2/*m* e 119 Cost., con riferimento alla garanzia di finanziamento dei LEP da parte statale e alla contraddizione tra simile garanzia e l'autonomia di entrata e spesa regionali. Né ciò appare risolvibile dalla previsione del fondo perequativo (che non può essere a destinazione vincolata: art. 119, co. 3, Cost.): cfr. C. TUBERTINI, *op. cit.*, 177 ss., spec. 183 ss., ove si ipotizza come risolutivo il ricorso agli interventi speciali, *ex art.* 119, co. 5, Cost., nonostante l'ostacolo testuale del divieto di ricorrervi per il “normale esercizio” delle funzioni amministrative regionali (tra cui l'erogazione dei LEP); più drasticamente, G. GUIGLIA, *op. cit.*, 109 ss.; 129 ss. (che ritiene l'aporia insolubile e necessaria una riscrittura delle disposizioni costituzionali).

³⁹ Cfr. la legge n. 42/2009, art. 8. Cfr., tra i tanti, R. BIN, *Che ha di federale il “federalismo fiscale”?* (9 dicembre 2008), in *www.forumcostituzionale.it*; A. MORRONE, *Prime riflessioni sul disegno di legge in materia di “federalismo fiscale”* (30 novembre 2008), *ivi*; P. CARROZZA, *La legge sul federalismo fiscale: delega in bianco o principi-decalogo per una laboriosa trattativa?*, in *Foro it.*, 2010/1, 1 ss.; A. FERRARA, G.M. SALERNO, *Il federalismo fiscale: commento alla Legge n. 42 del 2009*, Napoli 2010. Qualcosa di simile è previsto dalla stessa l. 42/2009, all'art. 11, per gli Enti locali, in attuazione del quale il d.lgs. n. 216/2010 (“*Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province*”) stabilisce che, «(f)ino a nuova determinazione dei livelli essenziali in virtù della legge statale, sono livelli essenziali quelli già fissati in base alla legislazione statale vigente» (art. 1, co. 2).

lità: sono fatti provvisoriamente salvi quei procedimenti di spesa in corso connessi alla garanzia di *diritti fondamentali*.

Vediamo ciò che accadeva prima della riforma del Titolo V nella materia dei *servizi sociali* (oggi pacificamente configurata quale competenza residuale delle Regioni). Lo Stato, anziché fissare all'interno di determinati *principi* legislativi i vincoli di tutela minima uniforme dei diritti alle politiche sociali delle Regioni, si limitava a finanziare di anno in anno specifici interventi di erogazione vincolata⁴⁰. Si è parlato, a tal proposito, di un decentramento «senza principi fondamentali», essenzialmente basato su una legislazione statale di spesa ma privo di coordinamento e programmazione unitari⁴¹. Simile prassi si è mantenuta anche dopo (e nonostante) la riscrittura del Titolo V della Costituzione 2001, in cui si impone allo Stato di predeterminare legislativamente i LEP al fine di vincolare il potere legislativo regionale (art. 117.2/*m*), attribuendo contemporaneamente alle Regioni gli strumenti finanziari per rispettare tali livelli essenziali, salvo intervenire per *specifici* interventi o in caso di inefficienza di singole Regioni (art. 119, co. 5, e 120, co. 2, Cost.). Ma la prassi annuale delle leggi finanziarie ha perpetuato il vecchio modello, continuando a perseguire le politiche sociali attraverso decisioni “quantitative” anziché “qualitative” (fissazione dell'ammontare dei singoli finanziamenti vincolati, anziché predeterminazione dei LEP)⁴².

Come ha reagito la Corte? Da un lato, essa si è rifiutata di considerare una simile prassi coerente con il modello iscritto nella riforma del Titolo V: i LEP *non sono* le quote di finanziamenti a destinazione vincolata⁴³. Da un altro lato, la Corte si è però rifiutata di seguire i percorsi più

⁴⁰ Attraverso l'istituzione di diversi fondi vincolati, rifinanziati di anno in anno nelle leggi finanziarie, poi confluiti nel Fondo nazionale per le politiche sociali, *ex l.* 449/1997 e l. 328/2000: E. FERIOLI, *L'assistenza ai non autosufficienti nel quadro di un neo-regionalismo* in fieri, *Riv. pol. sociali*, 2007/1, 69 ss.

⁴¹ E. FERIOLI, *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale*, in *Regioni*, 2004/2-3, 748.

⁴² La correzione del modello sembrava intrapresa dalla l. 289/2002 (finanziaria per il 2003), che sopprimeva molti dei vincoli di destinazione del Fondo nazionale per le politiche sociali e stabiliva la futura predeterminazione dei livelli essenziali per le prestazioni sociali (con il coinvolgimento delle Regioni nella decisione governativa sui LEP: art. 46, co. 3). Questa parte della legge è rimasta, tuttavia, sulla carta, così che lo Stato, in assenza di una decisione sui LEP, è nuovamente ricorso al controllo indiretto delle Regioni mediante finanziamenti vincolati: cfr. E. FERIOLI, *L'assistenza ai non autosufficienti...*, cit., 70 s. Sullo stallo verificatosi in sede di concertazione tra Stato e Regioni dei LEP nei servizi sociali, cfr. C. BUZZACCHI, *Art. 9 (Funzioni dello Stato)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, 284.

⁴³ C. cost. n. 370/2003, punto 4; n. 73/2004, punto 9; n. 16/2004, punto 6; n. 423/2004, punto 7.3.1. Il modello finanziario dei trasferimenti vincolati (anche mediante sovvenzioni statali direttamente ai privati) può divenire «uno strumento indiretto, ma pervasivo,

drastici suggeriti dai ricorsi delle Regioni, che invocavano l'incostituzionalità del fondo statale in quanto tale, ovvero della sua gestione "non partecipata"⁴⁴. Il risultato compromissorio che ne è scaturito è quello del divieto (teorico) di fondi o trasferimenti vincolati, accompagnato però dalla salvezza dei procedimenti di spesa in corso⁴⁵, nonché la tolleranza della reiterazione dei finanziamenti statali vincolati (nelle annuali leggi finanziarie)⁴⁶. Stante, infatti, l'evidenza del fenomeno (cioè di una prassi statale che palesemente ignora le precedenti dichiarazioni d'incostituzionalità della Corte), non sembra potersi spiegare altrimenti il silenzio della Corte circa l'aggiornamento costante dei propri precedenti.

Potremmo ipotizzare che la Corte tolleri un modello (non tanto *praeter bensì*) *contra Constitutionem*, sul presupposto implicito che l'alternativa sarebbe l'inzeppamento o il blocco dei meccanismi di spesa dei servizi sociali. La tolleranza dell'incostituzionalità ripetuta si coniuga, infatti, con il mancato (ma non surrogabile) intervento del legislatore statale per ciò che riguarda il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario, nonché per l'istituzione del fondo perequativo *senza vincoli di destinazione* (art. 119, co. 2 e 3, Cost.)⁴⁷.

di ingerenza statale nelle funzioni regionali e locali» (C. cost. n. 16/2004, punto 5; n. 423/2004, punto 3.2).

⁴⁴ Cfr. C. cost. 423/2004, cit. Le Regioni chiedevano, tra l'altro, che la decisione annuale che fissa l'ammontare globale della spesa sociale fosse frutto di un loro coinvolgimento paritario, in sede di Conferenza Stato-Regioni: cfr. E. FERIOLE, *Finanziamento della spesa sociale e Corte costituzionale: le contraddizioni di un "federalismo fiscale" ancora inattuato*, in *Foro it.*, 2005, I, 2295 ss.; G. GUIGLIA, *op. cit.*, 92 s.; C. TUBERTINI, *op. cit.*, 197. Sia pure con le particolarità del caso (quello della c.d. "social card" che la Corte non equipara *in toto* a un finanziamento vincolato), cfr. C. cost. n. 10/2010, cit., in cui si afferma che, «una volta cessata la situazione congiunturale che ha imposto un intervento di politica sociale esteso alla diretta erogazione della provvidenza, [non deve potersi prescindere] dagli strumenti di coinvolgimento delle regioni e delle province autonome, avendo cura così di garantire anche la piena attuazione del principio di leale collaborazione, nell'osservanza del riparto delle competenze definito dalla Costituzione».

⁴⁵ Cfr. C. cost., sent. 370/2003, punto 7 (finanziamenti statali agli asili-nido); sentt. 423/2004, punto 8.2 (contributi per l'iscrizione a scuole private paritarie); sent. 50/2008, punti 6 e 9 (erogazioni del fondo statale a sostegno delle scuole paritarie e del fondo statale per l'inclusione degli immigrati).

⁴⁶ Così i contributi alle scuole private paritarie o i finanziamenti per l'abbattimento delle barriere architettoniche nei locali aperti al pubblico, che la Corte ha colpito già due volte (nelle cit. sentt. 423/2004 e 50/2008); i finanziamenti per la sperimentazione del "reddito di ultima istanza" (colpiti sempre dalla sent. 423/2004 e ripristinati dalla legge finanziaria per il 2007: cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, 94, nt. 187); le agevolazioni per l'acquisto della prima casa da parte di giovani coppie, anche queste già colpite due volte (dalle sentt. 423/2004 e 118/2006). Cfr., anche per ulteriori esempi, E. FERIOLE, *L'assistenza ai non autosufficienti...*, cit., 70 s.; F. BIONDI DAL MONTE, *op. cit.*, 639 s.

⁴⁷ Con riguardo all'invasione di competenze regionali causata dall'istituzione della c.d. "social card", la Corte afferma di aver «ben presente... il disposto dell'art. 119, quarto

Dietro alla tolleranza della prassi statale incostituzionale appena vista, sta la difficoltà della Corte a imboccare l'alternativa di obbligare lo Stato a fissare i LEP per legge, quale presupposto per la devoluzione dell'intera quota di finanziamenti alle Regioni, sotto l'indistinta etichetta delle funzioni ordinarie di queste⁴⁸. Come accennato sopra, infatti, la Corte ha sposato un approccio piuttosto rigoroso, secondo cui la fissazione dei LEP rientrerebbe nella discrezionalità legislativa del potere politico centrale, senza prefigurare sanzioni costituzionali per eventuali omissioni in materia⁴⁹. Approccio che, se da un lato vale a deresponsabilizzare gli stessi giudici costituzionali, da un altro comporta degli aggiustamenti "a valle", quali sono appunto quelli della tolleranza dei finanziamenti vincolati che le leggi finanziarie annuali non cessano di riproporre e della salvezza, in qualche caso, delle procedure di spesa in corso⁵⁰.

2.5. (Segue) Finanziare i diritti senza garantirli?

Gli esempi del finanziamento statale degli asili-nido comunali e della mediazione culturale per l'inserimento scolastico dei minori stranieri valgono a chiarire il passaggio precedente. Nell'uno come nell'altro caso, tali finanziamenti (poi dichiarati incostituzionali) si riallacciavano a previsioni legislative statali che si esprimono in termini di mera *possibilità* del servizio, con rinvio al livello regionale/locale per ciò che riguarda l'ulteriore disciplina e gestione⁵¹. La vaghezza delle previsioni si coniuga con la bassa

comma, Cost., secondo cui le funzioni attribuite alle Regioni sono finanziate integralmente dalle fonti di cui allo stesso art. 119 (...). Ritiene, peraltro che, in mancanza di norme che attuino detto articolo (...), l'intervento dello Stato sia ammissibile nei casi in cui, come quello di specie, esso... riveste quei caratteri di straordinarietà, eccezionalità e urgenza conseguenti alla situazione di crisi internazionale economica e finanziaria che ha investito negli anni 2008 e 2009 anche il nostro Paese» (sent. n. 10/2010, cit., punto 6.4). Cfr. anche la sent. n. 121/2010.

⁴⁸ Cfr. C. PINELLI, *op. cit.*, 899 s., per cui l'erogazione dei LEP rientra nel normale esercizio delle funzioni di Regioni ed Enti locali anche in virtù della previsione del potere sostitutivo del Governo con espresso riferimento (anche) ai LEP, *ex art.* 120, co. 2, Cost. Cfr. anche G. GUIGLIA, *op. cit.*, 111 ss.

⁴⁹ Parla di "discutibile disimpegno" della Corte, G. GUIGLIA, *op. cit.*, 36.

⁵⁰ Cfr. L. DEGRASSI, *Art. 20 (Fondo nazionale per le politiche sociali)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *op. cit.*, 456.

⁵¹ Per gli asili-nido, cfr. la legge 1044/1971, che all'art. 1 definisce l'assistenza negli asili-nido «un servizio sociale di interesse pubblico», mentre all'art. 6 attribuisce alla Regione il compito di fissare «i criteri generali per la costruzione, la gestione e il controllo degli asili-nido», istituendo contemporaneamente un fondo speciale per la loro costruzione (art. 2). Tale fondo, dopo pochi anni, non è stato più rifinanziato, con ciò causandosi profonde carenze e differenziazioni regionali e locali nell'erogazione del servizio (E. FERIOLI, *Esiti paradossali...*, cit., 748 s.). Relativamente alla mediazione culturale, cfr. l'art. 38 del TU sugli stranieri (d.lgs. 286/1998), sull'istruzione degli stranieri e l'educazione interculturale, afferma che un regola-

intensità del servizio pubblico effettivamente erogato⁵². Il legislatore statale, in altre parole, evita di prevedere l'obbligatorietà (e l'indefettibilità) di certe prestazioni e/o servizi, presumibilmente spinto da ragioni di controllo della spesa⁵³, e in tal modo impedisce che tra diritti "legislativi" e diritti "costituzionali" possa instaurarsi quella saldatura da cui potrebbe, un domani, scaturire la irretrattabilità delle provvidenze, secondo quanto già a volte verificatosi nella giurisprudenza costituzionale⁵⁴.

Di qui l'ambiguità di un discorso della Corte che deve tenersi in equilibrio tra l'esigenza di fondare costituzionalmente simili interventi pubblici (riconducibili a diritti sociali inviolabili e al principio di solidarietà)⁵⁵, per evitare il taglio (o persino la restituzione) dei finanziamenti, e l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) di ritenerli *costituzionalmente necessari*⁵⁶. Per la Corte, infatti, il finanziamento statale vincolato di simili servizi è, sì, incostituzionale, ma la sua erogazione deve continuare, quantomeno per le procedure di spesa in corso⁵⁷. Tuttavia, agganciando la necessaria continuità dell'erogazione ai diritti fondamentali in gioco, la

mento di attuazione dovrà fissare le «modalità di comunicazione con le famiglie degli alunni stranieri, anche con l'ausilio di mediatori culturali qualificati»; l'art. 42 dello stesso TU, sulle misure di integrazione sociale, afferma che Stato, Regioni ed Enti locali «favoriscono... la realizzazione di convenzioni con associazioni per l'impiego all'interno delle proprie strutture di stranieri, in qualità di mediatori interculturali al fine di agevolare i rapporti tra le singole amministrazioni e gli stranieri appartenenti ai diversi gruppi etnici, nazionali, linguistici e religiosi». Cfr. anche la legge statale n. 7/2006 (*Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile*), che prevede il coinvolgimento *eventuale* dei mediatori culturali nelle campagne informative ministeriali sul fenomeno delle mutilazioni genitali (campagne dalla legge assai scarsamente finanziate). La legislazione regionale e la concreta attivazione della mediazione culturale negli Enti locali è risultata assai frammentaria, con profonde differenze tra nord e sud del Paese (cfr. C. BERGONZINI, *La mediazione culturale: uno strumento (sottovalutato?) per l'integrazione degli immigrati*, in *Dir. imm. cit.*, 2009/1, 67 ss.).

⁵² Cfr. A. POGGI, *op. cit.*, 616 s., ove si rileva che, per l'assistenza sociale, il primo piano triennale che attua la l. 328/00 indica solo "possibili contenuti dei livelli essenziali".

⁵³ E.A. FEROLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni...*, cit., 572 s.

⁵⁴ Significativo l'art. 1 della l. 328/2000, secondo cui «La Repubblica assicura [determinati servizi sociali o provvidenze]... *in coerenza con* gli articoli 2, 3 e 38 Cost.», e non *in attuazione* della Costituzione. Per la giurisprudenza costituzionale, cfr. la sent. 106/1992, in cui la Corte colpisce una disposizione di legge laddove questa interrompe una misura assistenziale (indennità per la frequenza scolastica dei minori inabili civili), parlando di «vulnus nascente dalla negazione di un diritto in precedenza riconosciuto in attuazione del programma solidaristico di cui all'art. 38 della Costituzione». Su questa decisione della Corte, cfr. *infra*.

⁵⁵ Nel caso della c.d. "social card" ("carta acquisti"), la Corte ha invocato addirittura la «tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana» (con riguardo alla tutela di soggetti che versano in condizioni di estremo bisogno): sent. n. 10/2010, cit.

⁵⁶ Con atteggiamento che potrebbe dirsi opposto a quello tenuto nella nota sent. n. 215/1987, ove veniva colpita la legge nel punto in cui limitava a *facilitare* anziché *garantire* l'inserimento scolastico dei portatori di handicap.

⁵⁷ Cfr. C. cost. n. 370/2003, 423/2004 e n. 50/2008.

Corte sembra alludere anche alla *doverosità* delle provvidenze erogate, che dovrebbero allora perpetuarsi anche se poste in capo alle Regioni⁵⁸.

Qui veniamo al punto dolente o quantomeno oscuro di questo orientamento giurisprudenziale: l'abbattimento di determinate politiche sociali statali non comporta il trasferimento delle stesse politiche a livello regionale⁵⁹. Anche nei casi in cui la Corte stabilisce che gli accantonamenti statali (illegittimamente vincolati) devono «confluire nei bilanci regionali in maniera “indistinta” e potranno, pertanto, essere impiegat(i) dalle Regioni stesse secondo autonome scelte di politica sociale»⁶⁰, tale rimedio vale, ovviamente, solo relativamente all'anno finanziario in corso e non garantisce alle Regioni una fonte costante di finanziamento per determinate politiche sociali. Il problema si riconnette al più volte rammentato rifiuto della Corte di “costringere” lo Stato a fissare i LEP: se il nesso con i diritti fondamentali c'è, la Corte dovrebbe forse sanzionare l'omessa qualificazione statale di certi servizi (specie la mediazione culturale per l'integrazione scolastica degli immigrati, ove più evidente è il nesso con il diritto all'istruzione, *ex art. 33 Cost.*) come *obbligatorie* strumenti di implementazione del o dei diritti costituzionali implicati.

2.6. *L'ombrello dei diritti: sanzione o premio all'inattuazione statale dell'autonomia regionale?*

L'argomento dei diritti è un potente generatore di giustificazioni in favore della diretta applicabilità delle norme di principio. Il che vale anche nel settore dei rapporti Stato-Regioni, in cui il discorso dell'autoap-

⁵⁸ Parla di ossequio ai «diritti costituzionalmente implicati», la cit. sent. n. 370/2003 (sugli asili-nido), così come le cit. sentt. nn. 423/2004 e 50/2008 (sulle scuole paritarie); mentre rispetto alle erogazioni del Fondo per l'inclusione sociale degli immigrati, la sent. 50/2008 afferma «che la natura sociale delle provvidenze erogate, le quali ineriscono a *diritti fondamentali*, richiede che si garantisca, in ossequio ai principi di solidarietà sociale, *continuità di erogazione...*» (corsivi aggiunti). Specularmente, la Corte non fa salvi i procedimenti di spesa in corso dopo aver verificato che ciò non comporti «diretto e immediato pregiudizio per i diritti delle persone», nelle sentt. n. 16/2004 (finanziamento statale della ippoterapia) e n. 49/2004 (fondi statali destinati a finanziarie la programmazione e realizzazione di infrastrutture d'interesse locale).

⁵⁹ Si veda, a titolo di esempio, il caso del fondo per l'inclusione sociale degli immigrati (già dichiarato incostituzionale da C. cost. n. 50/2008, cit.), il cui mancato rifinanziamento (con un risparmio di c.ca 95 milioni di euro per il 2008 e 2009) è andato a copertura delle iniziative a salvaguardia del potere d'acquisto delle famiglie (specialmente a compensare l'abbattimento dell'ICI sulla prima casa: cfr. l'art. 5, co. 11, del d.l. 93/2008, convertito in l. 126/2008: cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *op. cit.*, 649 s.). E ciò, nonostante che la Corte avesse parlato (in relazione agli scopi del fondo) di un nesso con (non meglio qualificati) «*diritti fondamentali*»: cfr. *supra*.

⁶⁰ Punto 10 della sent. 423/2004, in tema di “reddito di ultima istanza”.

plicabilità, come chiarito al Cap. I, assume le dimensioni di un criterio per giudicare i limiti competenziali tra poteri politico-normativi. Quello che emerge dall'analisi giurisprudenziale in tale settore è il rischio di una tolleranza eccessiva per gli sconfinamenti statali a danno delle competenze regionali per via della generosità con cui la Corte rinviene nessi tra intervento statale e diritti fondamentali, senza un'adeguata ponderazione delle conseguenze che ciò dovrebbe comportare. La (ri)definizione di alcuni titoli competenziali in termini di diritti fondamentali dovrebbe, infatti, contribuire a responsabilizzare gli attori (Stato e Corte) protagonisti di simile riqualificazione, anziché limitarsi a un mero allentamento dei vincoli costituzionali di riparto competenziale (a danno delle Regioni). Se davvero il governo centrale (e per esso la Corte) ritiene certe provvidenze indissolubilmente connesse a certi diritti fondamentali, lo stesso governo (e ancor più la Corte) dovrebbe ammettere l'irretrattabilità di simili tutele. Per cui, se non si vuole strumentalizzare un ricorso corrivo alla clausola dei "diritti fondamentali", occorrerebbe responsabilizzare il legislatore statale imponendo l'equazione "diritti fondamentali" = "diritti irretrattabili", sia pure ammettendo differenti modalità di strumentazione di tali diritti a livello locale⁶¹.

Più in generale, la Corte sembra – specie nei casi dei finanziamenti vincolati – dimenticare che la Costituzione prevede ormai un differente modello (quello che, appunto, lascia alle Regioni la gestione di determinate politiche sociali e che impone allo Stato di superare la finanza statale derivata per il finanziamento di simili politiche, *ex art. 119 Cost.*). In questi casi, l'autoapplicabilità dei diritti (l'impossibilità di abbattere norme statali che quei diritti pretendono realizzare) non costituisce una "sanzione" *adeguata* a una presunta inerzia regionale (come può essere lo schema delle norme statali di dettaglio cedevoli), posto che qui la vera inerzia è quella del legislatore centrale (omessa o ritardata attuazione dell'art. 119 Cost.). E si è visto come tale inerzia non trovi adeguato argine nelle ripetute decisioni d'incostituzionalità della Corte sui finanziamenti statali vincolati. Più coerente sarebbe, per la Corte, percorrere la via dell'art. 118 Cost. e della "chiamata in sussidiarietà", secondo cui la gestione di certe politiche sociali (prevalentemente erogative, come la c.d. "carta acquisti" o il finanziamento dei mediatori culturali) necessita – temporaneamente – di essere attratta al centro. Questa seconda opzione avrebbe il merito, almeno, di garantire alle regioni il rispetto della leale

⁶¹ Analogamente a quanto previsto per la gestione amministrativa del personale scolastico. Secondo lo schema di C. cost. n. 13/2004, cit., finché le Regioni non si dotano di adeguata strumentazione per garantire l'organizzazione scolastica, perdura la legislazione e l'organizzazione amministrativa statale.

collaborazione e il loro coinvolgimento attraverso l'intesa in sede di Conferenza, secondo il modello stabilito dalla stessa Corte nella sua (non ancora rinnegata) giurisprudenza⁶².

3. Diritti fondamentali e Referendum abrogativo

3.1. Tutela minima dei diritti e inabrogabilità referendaria

Si è già accennato all'orientamento della giurisprudenza costituzionale che ritiene non abrogabili, per via referendaria, quelle leggi «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, (le quali), una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento»⁶³. A forgiare simile criterio di giudizio sull'ammissibilità del referendum⁶⁴ la Corte è giunta per gradi successivi, avendo in precedenza più genericamente riferito l'inammissibilità all'abrogazione di leggi volte a concretare determinati principi o disposti costituzionali «nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel *minimo di tutela* che determinate situazioni esigano secondo Costituzione)»⁶⁵; o, con ulteriore specificazione, leggi «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una *tutela minima* per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»⁶⁶.

⁶² Secondo quanto stabilito dalla nota sent. n. 303/2003 (su cui cfr., tra l'altro, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*: contributi di V. ONIDA, A. ANZON DEMMIG, R. BIFULCO, R. BIN, P. CARETTI, A. D'ATENA, G. FALCON, S. MANGIAMELLI, E. ROSSI, A. RUGGERI, I. RUGGIU, R. TOSI, L. VANDELLI), in *Regioni*, 2008/4-5, 771 ss. Affronta apertamente il problema, C. cost. n. 121/2010, secondo cui la perdurante inattuazione dell'art. 119 Cost. rischia di alterare stabilmente il riparto di competenze legislative a vantaggio dello Stato (non possedendo le Regioni «risorse sufficienti a fronteggiare in modo adeguato il carico delle tutele che su di loro graverebbe se lo Stato si limitasse a fissare i livelli essenziali delle prestazioni, senza alcuna provvista dei mezzi finanziari»), concludendo che l'introduzione nella legge statale (istituente un fondo vincolato per il finanziamento agevolato dell'acquisto della prima casa) di una procedura di codecisione tra Stato e Regioni nella gestione del fondo costituisce adeguato bilanciamento tra l'esigenza di garantire i diritti sociali mediante politiche statali e quella di garantire la *potestà legislativa piena* delle Regioni.

⁶³ C. cost., sent. n. 49/2000, cit.

⁶⁴ Criterio prefigurato dalla nota impostazione dottrinarina, secondo cui leggi costituzionalmente obbligatorie non possano essere abrogate o modificate «se non rispettando i "minimi" di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti» (F. MODUGNO, *Rassegna critica delle sentenze sul referendum*, in *Giur. cost.*, 1981, 2109).

⁶⁵ C. cost., sent. n. 26/1981 (corsivi aggiunti).

⁶⁶ C. cost., sent. n. 35/1997 (corsivi aggiunti).

Si tratta di un orientamento della Corte che la dottrina più critica⁶⁷ reputa radicalmente contraddittorio rispetto a quanto affermato (e mai motivatamente smentito) dalla Corte circa la necessità di limitare l'inammissibilità referendaria alle sole leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, ossia quelle contenenti *la sola* disciplina attuativa possibile di diritti e principi costituzionali⁶⁸. Nonostante simile evidente contraddittorietà, tuttavia, l'uso dell'argomento delle leggi costituzionalmente necessarie ha avuto una sua crescente fortuna proprio con riguardo ai diritti fondamentali⁶⁹. Come accennato, infatti, già nel 1981, la Corte instaurava un nesso tra inabrogabilità referendaria e tutela *legislativa* minima imposta dalla Costituzione con riguardo a determinate situazioni, come era ad avviso della Corte quella apprestata dalla legge sull'aborto, relativamente all'aborto terapeutico e al connesso diritto alla salute della donna (art. 32 Cost.)⁷⁰. Sulla stessa materia della disciplina dell'aborto, la Corte era chiamata a pronunciarsi nuovamente nel 1997, in occasione del quesito radicale sulla totale liberalizzazione dell'aborto, giungendo ad allargare ulteriormente la nozione di norme a contenuto costituzionalmente vincolato⁷¹.

⁶⁷ M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 465 ss.

⁶⁸ C. cost., sent. 16/1978, punto 9: «non è sostenibile che siano sottratte al referendum abrogativo tutte le leggi ordinarie comunque costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione. A parte l'ovvia considerazione che il referendum verrebbe in tal modo a subire limitazioni estremamente ampie e mal determinate, il riferimento alle leggi "costituzionalmente obbligatorie" si dimostra viziato da un equivoco di fondo. La formula in questione farebbe infatti pensare che quelle leggi e non altre, con i loro attuali contenuti normativi, siano indispensabili per concretare le corrispondenti previsioni costituzionali. Così invece non è, dal momento che questi atti legislativi – fatta soltanto eccezione per le disposizioni a contenuto costituzionalmente vincolato – non realizzano *che una fra le tante* soluzioni astrattamente possibili per attuare la Costituzione» (corsivi aggiunti). Su tali affermazioni, cfr., G.M. SALERNO, *Il referendum*, Padova 1992, 170 ss.

⁶⁹ Cfr. P. CARNEVALE, *Inabrogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente" abrogativi...*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 308 ss., cui aderisce I. MASSA PINTO, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino 2001, 215 s.

⁷⁰ Sent. n. 26/1981, ove tuttavia la Corte poteva pianamente fondarsi sulla precedente incostituzionalità del divieto di aborto terapeutico (sent. n. 27/1975), che il quesito referendario c.d. "massimalista" avrebbe travolto. Nella stessa sentenza del 1981 veniva, tuttavia, ammesso il quesito "minimale", che avrebbe vietato l'aborto fondato sulla mera tutela della salute "psichica" della donna e quello volto alla totale depenalizzazione (proposta dei radicali).

⁷¹ Sent. 35/1997, ove la Corte ha espressamente superato il precedente della cit. sent. 26/1981: per la Corte, a differenza del passato, la prospettiva assorbente è quella dell'impossibilità di eliminare, con la liberalizzazione, «quel nucleo di disposizioni che attengono alla protezione della vita del concepito quando non siano presenti esigenze di salute o di vita della

Di lì a poco, nella tornata referendaria del 2000, la Corte dovette ulteriormente ricorrere, allargandolo, al criterio della tutela minima dei diritti, quale limite all'abrogazione referendaria, con una serie di pronunce di cui quella sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è senz'altro la più nota (e criticata)⁷². Se, infatti, la Corte ritenne ammissibile l'abrogazione della tutela reale dai licenziamenti, essa ritenne invece inammissibili quelle volte ad abrogare le disposizioni che garantiscono all'INAIL l'esclusiva sulle assicurazioni private, per essere tale disciplina l'unica che attualmente strumentala l'art. 38 Cost. (sent. n. 36/2000); così per l'abrogazione degli istituti di patronato e assistenza sociale, costituenti «nucleo costituzionale irrinunciabile», imposto dalla previdenza pubblica obbligatoria, cui quella privata può solo aggiungersi e non sostituirsi, *ex art.* 38 Cost. (sent. n. 42/2000); altrettanto vale per la inabrogabilità della disciplina sulle tutele del lavoro a domicilio (sent. n. 49/2000). Per ultimo, giungono le pronunce sui referendum diretti all'abrogazione della legge sulla procreazione assistita, in cui la Corte ha escluso l'abrogazione totale, ammettendo invece quella parziale, sulla scorta appunto dell'esigenza che permanga una disciplina *legislativa* volta a dare assetto ai diritti costituzionali della madre e del feto⁷³.

Di questa evoluzione giurisprudenziale, oltre alle critiche già accennate e quelle che saranno illustrate, la dottrina ha cercato di apprezzare i nessi con fenomeni più generali, quali la giustificazione delle decisioni di

madre, nonché quel complesso di disposizioni che attengono alla protezione della donna gestante». Con il che, a detta di alcuni, si sarebbe tuttavia operato un evidente sindacato preventivo sulla normativa di risulta (M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, 315; M. RUOTOLO, *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, *ivi*, 347 ss.).

⁷² C. cost., sent. n. 46/2000, sull'ammissibilità della c.d. tutela reale dei lavoratori contro il licenziamento, *ex art.* 18, l. n. 300/1970, ove si esclude che si tratti de «l'unico possibile paradigma attuativo dei principi» previsti dall'art. 4 e dall'art. 35 Cost. Ciò perché, «una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, [non] verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento... la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604..., la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata» (punto 5). Cfr. le critiche di quanti rilevano come, nel caso di licenziamenti discriminatori basati sul sesso, la tutela reale sia la sola tutela che possa efficacemente garantire il rispetto dell'art. 37 Cost. (I. MASSA PINTO, *op. cit.*, 223), ovvero, più in generale, come la tutela reale sia *costituzionalmente imposta* per qualsiasi licenziamento discriminatorio, anche per motivi di credo politico o religioso, per appartenenza a un sindacato e all'attività sindacale (E. GROSSO, *Totem e tabù. Quando non ha più senso l'omaggio formale a lontani e superati precedenti*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie...*, *cit.*, 272); cfr., più in generale, A. MORRONE, A. PUGIOTTO, *La Corte e i referendum giustiziati*, in *Quad. cost.*, 2000, 415 (critici sull'allargamento, di fatto, operato dalla Corte della nozione di leggi a contenuto costituzionalmente vincolato con la tornata di pronunce del 2000).

⁷³ Sentt. nn. 45, 46, 47, 48 e 49/2005.

legittimità costituzionale additive e manipolative, fondate sul noto argomento crisafulliano delle c.d. “rime obbligate”⁷⁴, ovvero, da un altro lato, ha ritenuto di poter leggere nell’ancoraggio ai diritti costituzionali un fondamento più solido e specifico alla inabrogabilità referendaria di (tutte) le leggi costituzionalmente necessarie⁷⁵. Ossia, l’ancoraggio ai diritti costituzionali quale specificazione di quel limite all’ammissibilità del *referendum* che, altrimenti, risulterebbe troppo ampio⁷⁶. Fenomeno, come si è già visto, comune all’ambito dei rapporti tra legislatore statale e legislatori regionali, ma, come si vedrà, anche alla diretta applicazione della Costituzione da parte dei giudici comuni, ai fini della risarcibilità dei danni non patrimoniali (*ex art. 2059 c.c.*), secondo uno schema per cui i diritti fondamentali opererebbero *contemporaneamente* da generatore e da filtro di discrezionalità del giudice (e/o della Corte).

3.2. *Anticipazione del giudizio incidentale e “blindatura” delle leggi attuative di diritti*

Così facendo, la Corte corre, ovviamente, il rischio di svolgere un anticipato giudizio di legittimità costituzionale sulla normativa di risulta, no-

⁷⁴ P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull’eredità di una “storica sentenza”*, in A. PACE, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della Rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il 50° anniversario*, Milano 2006, 152 s.

⁷⁵ Cfr. I. MASSA PINTO, *op. cit.*, 212, che parla di utilità del limite forgiato dalla Corte «allo scopo di servire la tutela del c.d. *contenuto minimo essenziale* dei diritti costituzionali». L’A. distingue leggi a contenuto costituzionalmente né vincolato né indifferente, bensì “orientato”, quale sarebbe appunto quello delle leggi che danno attuazione alle prescrizioni costituzionali in materia di diritti (con ciò espressamente rifacendosi ad A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, 1994, 243). Leggi che, cioè, garantiscono l’attuale operatività della Costituzione quali strumenti non vincolati (l’unica legge possibile), ma tuttavia sostituibili solo da leggi che abbiano la «*medesima direzione* indicata dalla Costituzione, e non meramente abrogabile» (I. MASSA PINTO, *op. cit.*, 219). Per E. GROSSO, *op. cit.*, 268, l’argomento della tutela del contenuto minimo essenziale dei diritti fondamentali, forgiato dalla Corte nelle decisioni sull’ammissibilità del referendum del 2000 e dalla Corte artificialmente derivato da quello delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, sarebbe «a sua volta foriero di sviluppi imprevedibili», posto che la tutela minima «sarà discrezionalmente apprezzata – caso per caso – dalla Corte» (ivi, 271). Analoghe critiche in M. MEZZANOTTE, *La sentenza n. 45 del 2005 e la “metamorfosi” del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato*, in M. AINIS, *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano 2005, 501 s. (che rileva affinità con il giudizio di costituzionalità delle leggi, specie quelle meramente abrogative di meccanismi attuativi di diritti: C. cost. n. 106/1992, cit.).

⁷⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Richiesta di “referendum” abrogativo di “leggi cornice”*, in *Dir. soc.*, 1980, 202, per il quale appunto «ogni obbligo costituzionalmente prescritto, una volta adempiuto con legge, produce in essa un vincolo sostanziale di contenuto, nel senso della *necessità* (della persistenza) *di una disciplina* (quale che essa sia) che renda possibile l’adempimento dell’obbligo costituzionale», e ciò in virtù della logica secondo cui l’inerzia legislativa non può essere sanzionata.

nostante che la stessa Corte si sia sforzata più volte di specificare che il giudizio in sede di ammissibilità del referendum comporta *solo* «una valutazione liminare... al fine di verificare se, nei singoli casi di specie, il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale, consistente in una diretta e immediata vulnerazione delle situazioni soggettive o dell'assetto organizzativo risultanti a livello costituzionale»⁷⁷. Il rischio ulteriore, e speculare a quello appena visto, è quello di accordare alla legge oggetto del quesito referendario un giudizio di conformità costituzionale, implicito nella definizione di “tutela legislativa minima” di determinati beni costituzionali formulata dalla Corte per bloccare il referendum totale⁷⁸.

Questo ultimo profilo critico, emerso con particolare evidenza nella decisione sull'ammissibilità del referendum sulla legge in materia di pro-

⁷⁷ C. cost., sent. n. 45/2005, punto 3; cui *adde* quanto dichiarato da C. cost., sent. n. 24/2011, punto 4.2.2., secondo cui al giudizio di ammissibilità del referendum «è estranea qualunque valutazione di merito (in particolare di legittimità costituzionale) in ordine sia alla normativa oggetto di referendum sia alla normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria». Citando i propri precedenti, la Corte afferma l'irrelevanza degli effetti eventualmente incostituzionali dell'abrogazione, «sia nel senso di determinare vuoti, suscettibili di ripercuotersi sull'operatività di qualche parte della Costituzione; sia nel senso di privare della necessaria garanzia situazioni costituzionalmente protette». Alla Corte, tuttavia, spetta l'individuazione della normativa di risulta conseguente all'abrogazione referendaria «per valutare se essa comporti un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione (...). In tali ipotesi (...), la normativa di risulta va sottoposta da questa Corte non già ad un pieno ed approfondito scrutinio di legittimità costituzionale, ma ad una mera “valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se [...] il venir meno di una determinata disciplina non comporti *ex se* un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale” (sentenza n. 45 del 2005, confermata dalla sentenza n. 15 del 2008) o di una norma comunitaria direttamente applicabile.»

⁷⁸ Come emerso nel caso della legge sulla fecondazione assistita, l. 40/2004, ove la Corte ha dovuto precisare che «(n)on è ... in discussione in questa sede la valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della legge n. 40 del 2004, cosicché dalla presente decisione non è certo lecito trarre conseguenze circa la conformità o meno a Costituzione della menzionata normativa» (sent. 45/2005, punto 3), con ciò tuttavia contraddicendo i precedenti sopra citati (sentt. 26/1981 e 35/1997). Contraddizione che la stessa decisione rende palese, quando, nell'arduo tentativo di esibire una continuità con i propri precedenti, afferma che vietato è un quesito «equivalente ad una domanda di abrogazione di *norme o principi costituzionali*, anziché di sole norme discrezionalmente poste dal legislatore ordinario e dallo stesso disponibili (sentenza n. 16 del 1978 e n. 26 del 1981)» (sent. 45/2005, punto 6, corsivi aggiunti). Cfr. le penetranti critiche di A. PUGIOTTO, *E' ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quad. cost.*, 2005, 562 ss., secondo cui la Corte ha parlato non di tutela minima costituzionale, bensì di «livello minimo di tutela legislativa», imputando alla Costituzione il vincolo per cui, in certe materie, debba esistere una disciplina legislativa, *qualunque essa sia*. Il che varrebbe a garantire «la mera discrezionalità del legislatore, non un livello minimo di tutela costituzionale» (ivi, 564).

creazione assistita (sent. n. 45/2005, cit.), è molto significativo, con riguardo al tema dell'autoapplicabilità. Da esso emerge, infatti, una sorta di (impropria) equazione della Corte, secondo cui l'assenza di tutela *legislativa* dei diritti costituzionali coinvolti (nella procreazione assistita) equivale a un'assenza di tutela *tout court*. Si tratterebbe, però, di una contraddizione con la "dottrina" della Corte sulla tutela minima dei diritti costituzionali, che proprio sulla materia della fecondazione artificiale aveva già trovato applicazione nel senso della praticabilità di una tutela giurisdizionale costituzionalmente imposta, anche in assenza di intervento legislativo⁷⁹. Certo, il bilanciamento che successivamente il legislatore ha finalmente compiuto cambia le carte in tavola (posto che la stessa Corte lo aveva invocato come "*better solution*")⁸⁰. Alla Corte, tuttavia, è stato rimproverato di non curarsi se la legge sulla procreazione assistita – oggetto del quesito referendario – fosse complessivamente *davvero* in grado di apprestare una "tutela minima", con ciò criticandosi il non voler ammettere che una tutela minima di tipo *giurisprudenziale* potrebbe non essere aprioristicamente peggiore di quella *legislativa*, laddove quest'ultima risultasse in più punti incoerente e (volutamente) peggiorativa di alcune delle posizioni soggettive coinvolte nel bilanciamento (come la salute della donna, ad es.)⁸¹. In altre parole: se seriamente la Corte aveva ritenuto (nella sent. n. 347/1998, cit.) che il giudice può operare bilanciamenti a garanzia dei beni costituzionali coinvolti nella fecondazione artificiale, con maggiore scrupolo essa avrebbe dovuto vagliare se *quella determinata* legge può dirsi costituzionalmente *necessaria*, e pertanto inabrogabile nella sua totalità.

Che si tratti di una soluzione compromissoria, ampiamente influenzata dalla politicità dell'oggetto del quesito abrogativo sulla procreazione assistita, lo si comprende guardando alla contestuale ammissione di una pluralità di quesiti referendari parziali sulla stessa legge, i quali, se approvati in blocco, avrebbero stravolto l'impianto della legge. Ossia, avrebbero determinato la riscrittura di quella "tutela minima" legislativamente apprestata⁸². Ma qui rintracciamo, invero, una continuità con l'al-

⁷⁹ Cfr. G. MARAZZITA, *La logica giuridica fra necessità costituzionale e horror vacui*, in M. AINIS, *I referendum...*, cit., 466 s., che evidenzia come la Corte, proprio nella materia della procreazione assistita (sent. n. 347/1998), aveva affermato il potere del giudice di operare bilanciamenti pur in assenza di disciplina legislativa.

⁸⁰ Sempre nella sent. 347/1998, cit.

⁸¹ A. RUGGERI, "*Tutela minima*" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili..., in M. AINIS, *op. cit.*, 661 ss., cui *adde* G. MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Gir. cost.*, 2005, 355.

⁸² Sempre A. RUGGERI, *op. cit.*, 664 s. e 669 s.

tro filone dell'autoapplicabilità referendaria, quello della materia elettorale già analizzato sopra: ivi, la Corte ha ammesso manipolazioni della legge ad opera dei quesiti che, pur garantendo l'autoapplicabilità della normativa di risulta, stravolgevano, a detta di molti critici, la *ratio* delle leggi elettorali colpite⁸³.

3.3. *Ipervalutazione del legislatore o del potere referendario e deresponsabilizzazione dei giudici*

Non troppo differentemente dallo schema di giudizio sulla legislazione statale dettagliata in materie regionali, anche per questo tipo di giudizi della Corte sull'ammissibilità del referendum abrogativo assistiamo a una reazione (istintiva?) all'*horror vacui* di una lacuna legislativa che l'esito referendario lascia intravedere. Anziché responsabilizzare se stessa e i giudici comuni e prevenire un'opera di eventuale superamento delle lacune che un domani si dovessero presentare (per inerzia del legislatore, dopo l'abrogazione referendaria; per inerzia della Regione, dopo l'abbattimento di normative statali di dettaglio), la Corte preferisce giustificare la prassi (*praeter Constitutionem*) volta a una *previa* posizione di norme legislative (statali) che risolva alla radice il rischio futuro di carenti implementazioni di diritti. Il che, per il referendum, può avvenire in due modi apparentemente alternativi: attraverso una ipervalutazione del legislatore, o meglio del suo concreto operato, qualificato "a scatola chiusa" come insostituibile implementazione di diritti costituzionali; attraverso una ipervalutazione del potere referendario, abilitato a operazioni manipolative in grado di lasciar sopravvivere una qualche forma di implementazione *legislativa* dei diritti costituzionali coinvolti⁸⁴.

Questa strategia della Corte, tuttavia, se può giustificarsi nell'ambito dell'abrogazione referendaria di leggi elettorali, appare meno fondata nel diverso ambito della tutela minima dei diritti costituzionali. Come visto sopra, per la disciplina di complessi meccanismi elettorali, v'è il rischio effettivo che vuoti di tutela non trovino rimedi giurisdizionali efficaci (perché intempestivi o del tutto assenti, come nel caso della verifica di poteri riservata alle Camere). Nell'ambito dei diritti, ciò non avviene, almeno non allo stesso modo. Si tratta, infatti, di un ambito pienamente

⁸³ Cfr., da ultimo, G. TARLI BARBIERI, *Le sentenze sui referendum «Guzzetta»...*, cit.

⁸⁴ L'esempio del referendum sulla fecondazione assistita ci dimostra come si tratti di metodi non necessariamente alternativi, che possono invece convivere sullo stesso oggetto (ossia, relativamente alla stessa legge colpita da quesiti referendari di medesimo segno). Per un excursus esaustivo degli orientamenti della Corte e dell'induzione alla manipolatività dei quesiti in essi rintracciabile, cfr. A. PERTICI, *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010, 188 ss.

ascrivibile ai sistemi sopra definiti “ad alta applicabilità”, ove quasi sempre è ipotizzabile un ricorso giudiziario nascente da un caso concreto che vale a stimolare le potenzialità autoapplicative dei principi costituzionali, nel loro innesto con la normativa legislativa vigente, passando attraverso il legame processuale tra giudice del fatto e giudice dei principi (la stessa Corte).

L’atteggiamento della Corte sembra allora, in qualche modo, relativizzare la sua stessa fiducia nel potere di integrazione dell’ordinamento per opera dei giudici, che è poi il nucleo della sua “dottrina” in materia di *tutela minima* dei diritti inviolabili. Potremmo, anzi, rilevare una sorta di indebito sfruttamento di quella dottrina, forgiata dalla Corte nei giudizi di legittimità costituzionale *in via incidentale* per ovviare all’inerzia legislativa mediante la responsabilizzazione dei giudici comuni (ma anche di se stessa), per poi essere utilizzata, nel giudizio d’ammissibilità del referendum, al fine opposto di una deresponsabilizzazione dei giudici e di se stessa, mediante l’ambigua formula dell’insostituibilità della legislazione esistente (se non per opera dello stesso legislatore)⁸⁵.

Tuttavia, è molto probabilmente la stessa “dottrina” sulla tutela minima dei diritti inviolabili ad essere intrinsecamente ambigua, come si cercherà di mostrare nei paragrafi che seguono.

4. *Diritti fondamentali e potere giudiziario*

4.1. *La “dottrina” della Corte sulla c.d. tutela minima dei diritti inviolabili: il caso dell’art. 2059 c.c.*

Per illustrare la “dottrina” della Corte sulla tutela minima dei diritti costituzionali, opererò un percorso a ritroso, muovendo dalle più recenti e piuttosto dibattute vicende in tema di risarcimento dei danni non pa-

⁸⁵ Che si tratti di un uso alquanto surrettizio di un criterio di giudizio concepito ad altri fini, lo si ricava guardando alla manipolazione del precedente (sent. n. 26/1981) operata a partire dalla sent. n. 35/1997. Nella sent. n. 26/1981, come visto sopra, la Corte svolgeva infatti un giudizio piuttosto lineare: ammettere un referendum volto a re-introdurre la penalizzazione di qualsiasi forma di aborto (anche quello terapeutico, in caso di pericolo alla salute della madre) avrebbe comportato il chiaro *vulnus* a un bene costituzionale (la salute della madre) che già la Corte aveva ritenuto intangibile, in una precedente sentenza pronunciata in via *incidentale* (sent. 27/1975). Dunque, nessun autentico giudizio anticipato di costituzionalità sulla legge n. 194/1978, che valesse a blindarla, bensì, più realisticamente, la riaffermazione dello stesso giudicato costituzionale su uno specifico punto, rispetto al quale l’intermediazione legislativa, fra l’altro, non era stata ritenuta necessaria dalla Corte: l’art. 32 Cost., nell’interpretazione datane dalla Corte, vietava (e vieta) la sanzione penale contro l’aborto terapeutico. Molto diverse da questo schema di giudizio si presentano le successive pronunce della Corte passate sopra in rassegna, che pure a tale precedente si richiamano.

trimoniali alla persona, in cui assai evidente è l'intreccio di ruoli tra giudici, Corte e legislatore.

Si tratta dell'interpretazione costituzionalmente "adeguatrice" dell'art. 2059 c.c. compiuta dai giudici e dalla dottrina, al fine di consentire il risarcimento dei danni *non patrimoniali* anche oltre i limiti stabiliti dal codice, ossia nei casi non espressamente stabiliti *dalla legge*. La norma codicistica, mai modificata dal legislatore, ha subito un'erosione giurisprudenziale tale da renderla oggi pressoché inutile. Se, infatti, in origine essa serviva a filtrare l'ammissibilità di risarcimenti non patrimoniali nei soli casi stabiliti dalla legge (inizialmente limitati ai soli danni da reato, *ex art. 185 c.p.*), negli anni il rinvio in essa contenuto è stato riferito anche al danno alla salute, in quanto bene costituzionalmente tutelato dall'art. 32 Cost., considerando tale disposizione costituzionale quale "legge", cui l'art. 2059 c.c. espressamente rinvia.

I motivi per cui si è seguita simile interpretazione sono prettamente pragmatici.

Dopo un tentativo di far ricorso al combinato disposto dell'art. 2043 c.c. con l'art. 32 Cost., lasciando intatta la lettera dell'art. 2059 c.c. e il limite ivi previsto (secondo un'interpretazione suggerita dalla stessa Corte costituzionale⁸⁶), era risultato sostanzialmente impossibile utilizzare l'ordinario strumento risarcitorio in tutti quei casi in cui si trattava di risarcire *non tanto* le sofferenze (anche meramente psichiche) patite *direttamente* dalla vittima di un incidente (inquadabili nell'ambito di un danno economicamente valutabile al diritto alla salute), *bensì* le sofferenze dei congiunti del defunto (che la giurisprudenza, anche costituzionale, qualificava come danno "morale soggettivo", risarcibile solo in caso di reato, *ex art. 2059 c.c.* in combinato disposto con l'art. 185 c.p., e non in caso di semplice illecito civile)⁸⁷. L'art. 2059 c.c., allora, veniva utilizzato al fine di tutelare il danno non patrimoniale derivante da violazione di diritti costituzionali inviolabili, posto che la loro previsione costituzionale non può non essere considerata come sufficiente ad integrare il rinvio a un testo di legge espresso, come preteso dall'art. 2059 c.c.

Da un simile artificio interpretativo, avallato in più occasioni dalla Cassazione, è derivata una proliferazione di ipotesi risarcitorie, tutte formalmente ancorate al riconoscimento "espresso" dei diritti inviolabili della persona, *ex art. 2 Cost.* (tra i quali diritti troviamo, ad es., quello «ad esplicare la propria personalità anche in vacanza»)⁸⁸.

⁸⁶ C. cost. n. 184/1986.

⁸⁷ Cfr. E. NAVARETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in ID. (cur.), *I danni non patrimoniali*, Milano 2004, 14.

⁸⁸ Trib. Marsala, sez. civ., 5 aprile 2007, cit. da E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei*

Nella dottrina civilistica non è mancato chi ha voluto esaltare un simile esito interpretativo, vedendo in esso addirittura un rimedio parzialmente paragonabile al *recurso de amparo* spagnolo, cioè un ricorso diretto del singolo contro la violazione di diritti costituzionali⁸⁹. Diversa è stata la reazione di parte della dottrina costituzionalistica, preoccupata per la disinvoltura con cui i giudici comuni maneggiano l'art. 2 Cost., al fine di derivarne i più disparati diritti *inviolabili*⁹⁰. Al di là del merito delle posizioni dottrinarie, comunque, quello che risulta evidente è, da un lato, l'insufficiente consapevolezza del ruolo di filtro dell'art. 2059 c.c.⁹¹, dall'altro lato, la sopravvalutazione della capacità del testo costitu-

diritti costituzionali, in *Quad. cost.*, 2008/2, 293, nt. 92. Nella giurisprudenza della Cassazione, spiccano Cass. sez. III civ., sentt. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828 (su cui cfr. criticamente F. GAZZONI, *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003/6, 1303 s. e 1310 s.). Le decisioni sono state, in qualche modo, confermate anche dalle Sezioni Unite, nelle sentt. 11 novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974 e 26975, in <http://www.cortedicassazione.it/>. Con esse le S.U. non hanno inteso smentire l'innesto tra art. 2059 c.c. e diritti costituzionali inviolabili, bensì smentire – più nettamente di quanto fatto dalle sentenze della sezione III del 2003 – l'orientamento che riteneva autonoma figura di danno quella del c.d. “danno esistenziale”, sganciata da alcun fondamento normativo espresso (secondo la dottrina di P. Cendon: cfr. P. CENDON, P. ZIVIZ, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano 2000). Cfr. C. CASTRONUOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009/1, 5 ss.; E. LAMARQUE, *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, ivi, 2009/4, 363 ss.

⁸⁹ Cfr. E. NAVARETTA, *op. cit.*, 9; ma cfr. anche l'affermazione secondo cui l'art. 2 Cost. sarebbe «norma certamente di natura non programmatica e direttamente rilevante nelle relazioni intersoggettive e quindi parametro di correttezza nelle condotte dei singoli»: P. PERLINGIERI, *L'articolo 2059 c.c. uno e bino. Un'interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003/3, 778.

⁹⁰ Cfr. E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria...*, cit., 278, nonché ID., *Il nuovo danno...*, cit., 364, secondo cui l'istituto risarcitorio in questione sarebbe solo un «insufficiente surrogato del ricorso costituzionale diretto individuale per la tutela dei diritti fondamentali», tipico di altri ordinamenti costituzionali.

⁹¹ Per E. NAVARETTA, *op. cit.*, 15, sarebbe errato leggere l'art. 2059 c.c. come una *riserva di legge*, posto che la Costituzione non pone tale riserva per individuare i casi di risarcimento dei danni non patrimoniali. Mentre sarebbe più corretto ritenere l'art. 2059 c.c. non come riserva di legge in senso tecnico, bensì come direttiva vincolante l'interpretazione giudiziale: cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, 1298. Per la prima Autrice, invero, si tratterebbe di leggere l'art. 2059 c.c. come rinvio a norme in cui è implicita l'esigenza di una tutela estesa anche al risarcimento dei danni non patrimoniali, quale l'art. 2 Cost. In modo alquanto paradossale, le normative speciali che hanno introdotto settorialmente il risarcimento dei danni extrapatrimoniali vengono considerate non tanto una coerente conferma della portata limitativa dell'art. 2059 c.c., bensì «come un'anticipazione e conferma normativa della necessaria tutela risarcitoria dei diritti inviolabili estesa anche ai danni non patrimoniali» (NAVARETTA, *op. cit.*, 39, nt. 121). Ma se così, si potrebbe dire che tanto l'art. 2059 c.c. quanto le specifiche discipline legislative finiscono per essere totalmente assorbiti e soppiantati dall'art. 2 Cost. Cfr. le critiche, da prospettive differenti, di PERLINGIERI, *op. cit.*, 770 ss., e di F. GAZZONI, *op. cit.*, 1306. La giurisprudenza sembra tuttavia aderire all'impostazione criticata: cfr., da ultimo, Cass., S.U., 11

zionale a svolgere omologa funzione selettiva di beni degni di tutela risarcitoria extrapatrimoniale, quale limite alla discrezionalità del giudice⁹².

Vale la pena di ricordare, a proposito di usi “retorici” della Costituzione da parte del giudice civile, come la nota giurisprudenza che, per prima, ricorse all’autoapplicabilità dell’art. 32 Cost.⁹³ usò l’argomento *forte* del diritto inviolabile alla salute per scopi senz’altro condivisibili, ma tutto sommato eccentrici rispetto a un’autentica operazione di attuazione costituzionale⁹⁴. Si trattava, infatti, non tanto di superare divergenze circa la risarcibilità della lesione in sé dell’integrità fisica, bensì circa le modalità di calcolo di tale lesione. Già in epoca statutaria, infatti, era emersa l’esigenza di risarcire il *danno alla salute* in sé e a prescindere dal reddito del soggetto leso⁹⁵. Il ricorso al criterio della diminuzione della capacità lavorativa era solo *un espediente* per permettere un calcolo risarcitorio meno aleatorio⁹⁶, il quale limitava sì l’imprevedibilità delle decisioni giurisprudenziali, ma conduceva a esiti paradossali e “classisti”⁹⁷. Ciò che occorre al giudice, allora, era il coraggio di dar vita (al

novembre 2008, nn. 26972, 73 74, e 75 cit., secondo cui, fra l’altro, l’art. 2 Cost. andrebbe inteso in senso aperto, in modo da ricondurre al novero dei diritti inviolabili anche «nuovi interessi emersi nella realtà sociale» per i quali siano rinvenibili idonei indici circa il loro rango costituzionale (punto 2.14 del *Diritto*). Sulla natura “aperta” dell’art. 2 Cost., cfr. A. BARBERA, *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1975, 80 ss.; *contra*, cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 20 ss. Lo stesso Barbera mette, però, in guardia contro il rischio di “inflazione” all’art. 2 Cost. inteso come clausola aperta (A. BARBERA, “Nuovi, diritti”: *attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (cur.), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino 2004, 23 ss.

⁹² L’operazione dottrina favorevole all’uso dell’art. 2059 c.c., al posto del 2043 c.c., si costruisce sulla capacità di filtro dei danni non patrimoniali risarcibili che la Costituzione è in grado di fornire: la tutela risarcitoria (non espressamente prevista da leggi speciali) dovrebbe costituire una «conseguenza ineluttabile, implicita nel tipo di protezione offerta a taluni interessi», ossia di diritti che «non tollerano aggressioni di sorta [né da privati né da p.a.] né limitazioni nella loro tutela» (E. NAVARETTA, *op. cit.*, 18 s.). La debolezza di un simile filtro, tuttavia, è avvertita da stessa A., laddove affianca l’ulteriore criterio selettivo dell’entità dell’offesa, secondo cui, in presenza di lesioni bagatellari, verrebbe meno l’invulnerabilità dei diritti in questione. Sul punto, cfr. Cass., S.U., nn. 26972, 73 74, e 75, del 2008, cit., che spiega l’ulteriore requisito dell’entità non bagatellare della lesione riferendosi all’art. 2, Cost., da cui deriverebbe un «dovere della tolleranza che la convivenza impone» (punto 3.11 del *Diritto*).

⁹³ Trib. Genova, sent. 25 maggio 1974, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 54 ss.

⁹⁴ Cfr. i dubbi espressi dallo stesso Crisafulli su un simile uso interpretativo dell’art. 32 Cost. (V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 563 s.).

⁹⁵ Cfr. Cass., S.U., 27 aprile 1912; App. Trani, 25 giugno 1910, cit. da F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F.D. BUSNELLI, U. BRECCIA (cur.), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano 1978, 532, nt. 60.

⁹⁶ M. BESSONE, V. ROPPO, *Lesione dell’integrità fisica e “diritto alla salute” ...*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 53 ss.

⁹⁷ Come quello del noto caso “Gennarino” (risarcimento di un soggetto minorenne, calcolato sulla scorta del lavoro che questi, in base alla classe sociale di appartenenza, avrebbe

pari di quanto già effettuato dalla giurisprudenza francese) a nuove tabelle di calcolo del danno biologico, cosa che poi la prassi, dopo lo scossone della giurisprudenza “alternativa” del Tribunale di Genova, effettivamente intraprendeva⁹⁸.

Ma appare lecito chiedersi, in tutto questo, cosa effettivamente abbia rappresentato il ricorso all'art. 32 Cost. Più che una lettura innovativa volta a dare effettività al principio costituzionale, sembra si sia trattato di una copertura retorica a un'operazione di “auto-correzione” delle prassi dei giudici civili, le quali, semmai, apparivano in diretto contrasto con l'art. 3 Cost., per le sperequazioni che esse introducevano⁹⁹.

Torniamo alla vicenda del risarcimento dei danni non patrimoniali ai diritti inviolabili. L'orientamento dei giudici comuni, criticabile per lo svuotamento della lettera dell'art. 2059 c.c.¹⁰⁰ e per l'uso disinvolto della Costituzione¹⁰¹, non solo non ha trovato adeguato argine nella giurisprudenza costituzionale, bensì è stato da quella in qualche modo ambigualmente ispirato. La Corte, infatti, si è rifiutata di assumere un ruolo di guida della giurisprudenza comune, al fine di selezionare più rigorosamente i diritti risarcibili¹⁰². Era stata, tuttavia, la stessa Corte ad aver pre-

presumibilmente svolto una volta maggiorenne: Trib. di Milano, 18 gennaio 1971, in *Giur. merito* 1971, I, 209), cui intese reagire la giurisprudenza “alternativa” del Tribunale di Genova, cit. Cfr. G. ALPA, *Danno “biologico” e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 446.

⁹⁸ Cfr. F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, cit., 540 ss.

⁹⁹ Cfr. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, cit., che spiega le ragioni storico-culturali per cui i giudici preferivano (e preferiscono) ricorrere, anziché al metodo dell'interpretazione storico-evolutiva, a quello dell'interpretazione adeguatrice, per lo scudo che, grazie a esso, il testo scritto della Costituzione offre alle opzioni innovative perseguite, specie da parte dei giudici inferiori. Questi, ancorandosi alla “oggettività” e all'autorevolezza della Costituzione riescono meglio a giustificare le proprie scelte, evitando accuse di “politicità”.

¹⁰⁰ Che chiaramente riserva al legislatore la specificazione dei casi in cui vanno risarciti anche i diritti non patrimoniali.

¹⁰¹ Cfr. E. LAMARQUE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰² Cfr. il punto 1 del *Considerato in fatto* della sent. n. 233/2003, in cui il giudice *a quo* prende posizione contro «la tesi cosiddetta “del combinato disposto” [la quale] condurrebbe a svuotare l'art. 2059 cod. civ. di ogni contenuto, atteso che qualsiasi danno morale potrebbe astrattamente ricondursi alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto». Per F. GAZZONI, *op. cit.*, 1302, alla Corte veniva così offerta «su un piatto d'argento» la possibilità di fare pulizia della prassi giurisprudenziale che aveva moltiplicato a dismisura gli interessi risarcibili perché ricondotti, a più vario titolo, a diritti costituzionali inviolabili. La Corte preferiva invece risolvere diversamente la questione, tuttavia rilevando la bontà dell'orientamento della Cassazione (le sentt. nn. 8827 e 8828 del 2003, cit.), ossia quello della risarcibilità della lesione di interessi di rango costituzionale inerenti alla persona ulteriori rispetto al danno all'integrità psico-fisica, medicalmente accertabile (sent. n. 233/2003, cit., punto 3.4).

figurato, nel passato, una costruzione del risarcimento del danno quale doveroso strumento di tutela costituzionale, dagli ampi e indefiniti contorni. Si tratta del ripetuto e forse sovrabbondante riferimento svolto dalla Corte, prima nella sent. n. 87/1979, poi nella sent. n. 184/1986, alla più generale tematica della inderogabilità di determinati livelli di tutela dei diritti fondamentali¹⁰³. Sebbene l'oggetto di quelle pronunce fosse l'ancoraggio di alcune forme risarcitorie all'art. 32 Cost., la Corte si spingeva, con esse, a rinvenire nel risarcimento del danno una forma (generale) di *tutela minima* dei diritti fondamentali, inderogabile perfino dal legislatore¹⁰⁴.

4.2. *Il modello (fuorviante) dell'art. 36 Cost.*

I riferimenti alla *tutela minima* dei diritti operati in materia risarcitoria dalla Corte sembrano seguire il calco della giurisprudenza costituzionale in materia di diritto alla retribuzione sufficiente del lavoratore, ex art. 36 Cost., laddove la Corte, ancora una volta assecondando piuttosto che guidando la giurisprudenza comune e la Cassazione¹⁰⁵, ha costruito una sorta di “riserva di diritto giurisprudenziale” circa l'applicazione della disposizione costituzionale in oggetto¹⁰⁶. Questo calco è, a mio avviso, inadeguato. Potremmo accostarlo a ciò che, nello studio delle lingue

¹⁰³ Cfr. C. cost. 184/1986, punto 19, ove la Corte afferma che la limitabilità della tutela risarcitoria da parte del legislatore «non può accadere per i diritti e gli interessi dalla Costituzione dichiarati fondamentali», posto che il rifiuto della «tutela risarcitoria (minima) a seguito della violazione del diritto costituzionalmente dichiarato fondamentale» equivarrebbe a carenza di tutela, con il che «il legislatore ordinario rimarrebbe arbitro dell'effettività della... dichiarazione costituzionale»; concludendo, «(d)alla correlazione tra gli artt. 32 Cost. e 2043 c.c. è posta... una norma che, per volontà della Costituzione, non può limitare in alcun modo il risarcimento del danno biologico» (corsivi aggiunti). L'impostazione era anticipata dall'*obiter dictum* della sent. 87/1979, in cui la Corte ammetteva la limitabilità, ex art. 2059 c.c., della tutela risarcitoria non patrimoniale ai più gravi casi (come la responsabilità da reato), a patto che «non [venissero] in considerazione situazioni soggettive costituzionalmente garantite» (lasciando intendere che, in tali casi, il limite non sarebbe stato ammissibile).

¹⁰⁴ Cfr. ancora la sent. n. 184/1986, punto 19.

¹⁰⁵ Su cui, cfr. *supra*, Cap. II, § 3.2.

¹⁰⁶ Cfr. C. cost. n. 129/1963, interpretativa di rigetto, secondo cui la legge che fissava i minimi salariali mediante “rinvio ricettizio” agli ultimi contratti nazionali di categoria non avrebbe potuto limitare l'intervento del giudice, «trovando questo un suo preciso e diretto fondamento nell'art. 36 Cost.»; C. cost. n. 156/1971, interpretativa di accoglimento, che dichiarava incostituzionale la legge sui minimi salariali, laddove questa avesse «inteso inibire al giudice di adeguare (al di sopra dei minimi prescritti dai decreti delegati) il trattamento economico previsto dai contatti individuali di lavoro alle situazioni sopravvenute». Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni...*, cit., 172 s., secondo cui l'art. 36 Cost. «veniva apparentemente letto come una riserva di tutela giurisdizionale, comunque suscettibile di prevalere anche nei confronti delle norme di legge ordinaria».

straniere, è il fenomeno dei “falsi amici”, di due parole cioè quasi identiche ma con significati del tutto divaricati.

Il successo dell’autoapplicabilità dell’art. 36 Cost. (paragonabile, forse, all’autoapplicabilità dell’art. 40 Cost. sul diritto di sciopero) è profondamente legato al ruolo sistemico dei sindacati, al legame di questi ultimi con i partiti rappresentati in Parlamento e alla *voluta* inattuazione dell’art. 39 Cost.¹⁰⁷. In altre parole, il giudice è stato investito della responsabilità di dare applicazione diretta alla Costituzione, addirittura prevalendo sul legislatore, senza che però vi fosse una *vera concorrenza* col potere politico¹⁰⁸. In ogni caso, avendo alle spalle la forte presenza dei maggiori sindacati. E la concreta modalità con cui tale diretta applicazione della Costituzione è avvenuta vale da cartina di tornasole: da un lato, il giudice si è rigorosamente attenuto ai livelli retributivi fissati nei contratti collettivi nazionali (permettendo di fatto la parziale obbligatorietà *erga omnes* di questi ultimi, senza far pagare ai sindacati l’onere della previa registrazione); da un altro lato, lo stesso giudice si è autoconfinato entro un ruolo marginale, che lasciava ad altri il ruolo di protagonisti nelle relazioni industriali¹⁰⁹.

Occorre aggiungere che la risposta della Corte costituzionale (nelle citate sentt. nn. 129/1963 e 156/1971) non fu volta a negare *in generale* l’intervento legislativo sui minimi salariali, bensì a colpire *quella* specifica legislazione (l. 471/1959), la quale, condizionando l’efficacia generale dei minimi salariali fissati nei contratti collettivi nazionali alla recezione con decreto da parte del Governo, non stabiliva autonomi criteri per la quantificazione dei salari minimi bensì un potenziale ostacolo all’immediata utilizzabilità giudiziaria dei minimi contrattuali (secondo quanto fino allora seguito dalla giurisprudenza comune)¹¹⁰. Lo schema è, se si vuole, ancora quello dell’autoapplicabilità come *sanzione dell’inerzia*, posto che la Corte espressamente paventava che il ritardo nell’adozione dei decreti

¹⁰⁷ Il che deve anche all’atteggiamento di rifiuto della CISL (ovviamente vicina alla DC) ad accettare la logica della registrazione e dei contratti *erga omnes*, che avrebbe favorito l’egemonia della CGIL: cfr. G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Bologna 1970.

¹⁰⁸ Cfr. T. TREU, *Articolo 36*, cit., 79 ss.; C. COLAPIETRO, *Articolo 36*, in *Comm. cost.* (cur. R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI), cit., 741 ss.; A. D’ALOIA, *Articolo 39*, ivi, 811 ss.

¹⁰⁹ Cfr. sempre T. TREU, *op. cit.*, 82 ss. (in cui si rileva come i contratti collettivi non siano stati mai sottoposti alla verifica di compatibilità con l’art. 36 Cost. stesso), cui *adde* la critica al *self-restraint* della Cassazione di A. PACE, *Rilievi sulla determinazione giudiziale della retribuzione sufficiente*, in *Giur. cost.*, 1961, 277 ss., di commento a Cass., II sez. civ., 10 dicembre 1960, n. 3219, secondo la quale ciò che sta fuori dal Contratto nazionale non può essere imposto al datore di lavoro *ex art.* 36 Cost.

¹¹⁰ Cfr. l’efficace sintesi operata da C. TRIPODINA, *Articolo 36*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 355 ss.

governativi contenenti il rinvio ricettizio potesse arbitrariamente impedire il ricorso del giudice ai minimi contrattuali, quali “criteri guida” per l’applicazione dell’art. 36 Cost. e per la immediata *tutela minima* del diritto del lavoratore.

Che un simile schema possa riprodursi, rispetto ad altre norme costituzionali, è assai dubbio. Si guardi a quanto verificatosi nell’ambito della tutela della libertà religiosa e a quanto timido sia stato l’intervento del giudice (anche costituzionale) nell’applicazione dell’art. 19 Cost. in favore di minoranze confessionali, dietro lo scudo della necessaria attuazione della libertà religiosa dei gruppi a mezzo di intese, come previsto per l’art. 8 Cost.¹¹¹. Scudo che, come si è visto, non valeva per l’art. 39 Cost. (la cui inattuazione veniva, appunto, compensata dall’applicazione giudiziaria dei minimi contrattuali). Ma ciò perché, nel caso delle minoranze religiose, mancava al giudice un interlocutore forte in grado di bilanciare l’inerzia del potere politico-legislativo, a differenza di quello che è accaduto con i sindacati¹¹². A ciò si potrebbe obiettare che l’art. 36 Cost. è assai più stringente, nella sua formulazione del diritto alla retribuzione, di quanto non lo sia l’art. 19 Cost., rispetto al diritto di libertà religiosa. L’obiezione giustifica solo in parte la timidezza dei giudici mostrata nei riguardi dell’art. 19, se si pensa al fatto che l’applicabilità diretta dell’art. 36 si regge *molto più* sul ricorso ai parametri di giudizio offerti dai contratti collettivi nazionali *che non* sulla sua formulazione testuale¹¹³.

Non troppo diversamente può rilevarsi per quanto accaduto nei confronti delle minoranze linguistiche, rispetto alle quali non è un caso che la Corte abbia fatto espresso ricorso alla nozione di “tutela minima”, con intenti probabilmente anche di auto-deresponsabilizzazione (evitare il sindacato d’eguaglianza tra discipline speciali di tutela delle minoranze linguistiche, specie con il trattamento privilegiato della mi-

¹¹¹ Sia consentito rinviare al mio *Le minoranze religiose tra potere politico e funzione giurisdizionale: bontà e i limiti del modello italiano*, in *Quad. cost.*, 2002/2, 213 ss.

¹¹² Anzi, rispetto alla libertà religiosa e alla mancata attuazione della Costituzione (abrogazione della legislazione sui culti ammessi del 1929-30, tuttora vigente) vi era e vi è l’ingombrante presenza dell’altro interlocutore, la Chiesa cattolica, quanto mai forte e quanto mai interessata alla non applicazione diretta della Costituzione, in materia di libertà religiosa. Aggiungasi che, per gli artt. 36 e 39 Cost., l’inerzia legislativa era in qualche modo in “sinergia” con gli stessi sindacati, mentre per le minoranze religiose l’inerzia del potere politico è stata – e in parte è ancora – di natura “oppositiva” (se non proprio discriminatrice): cfr., se si vuole, A. GUAZZAROTTI, *Giudice e minoranze religiose*, Milano 2001, 177 ss.; ID., *Iniziativa parlamentari e governative in materia di libertà religiosa: niente di nuovo sotto il sole*, in *Quest. giust.*, 2007/3, 460 ss.

¹¹³ Cfr. *supra*, Cap. II, § 3.2.

noranza tedesca in Alto Adige)¹¹⁴. Comunque con esiti pratici assai limitati¹¹⁵.

Ancora un caso: quello, già accennato al capitolo II, della tutela inderogabile dell'ambiente e del paesaggio, in cui il tentativo della Corte dei conti di accreditarsi come "giudice naturale" degli interessi diffusi (ambientali) mediante il giudizio di responsabilità erariale¹¹⁶ non ha resistito alla controffensiva del legislatore. Controffensiva che ottenne l'avallo della stessa Corte costituzionale (sent. 641/1987)¹¹⁷ e che può spiegarsi, secondo lo schema qui suggerito, anche in virtù dell'assenza dell'indispensabile alleanza di un contropotere abbastanza forte, quale non erano (e non sono ancora oggi) le associazioni o i partiti ambientalisti. Come si è avuto modo di illustrare sopra, la Corte dei conti, ricorrendo allo strumento del danno erariale, mirava a superare l'aporia di una normativa ambientale che si affidava alla vigilanza dei pubblici funzionari sui comportamenti dei privati (autorizzazione di scarichi inquinanti, ecc.), senza porre però rimedio all'ipotesi di una loro (colposa o dolosa) negli-

¹¹⁴ Come noto, la Corte ha coniato il concetto di "tutela minima" costituzionalmente imposta in favore delle (*sole*) "minoranze linguistiche riconosciute" (sentt. 28/1982, 62/1992, 15/1996), implicante il divieto di sanzionare l'uso pubblico della lingua minoritaria, nonché la possibilità di rivolgersi alle autorità locali (anche giurisdizionali) e riceverne risposta nella lingua minoritaria (piegando a tale scopo le discipline strumentali eventualmente già esistenti, come quella sugli interpreti e traduttori giudiziari, l. 568/1967). Tale strategia argomentativa è valsa, però, anche a negare l'estensibilità, mediante il sindacato d'eguaglianza, di discipline speciali di tutela minoritaria: il giudice *a quo* della sent. 28/1982 lamentava, infatti, anche la disparità di trattamento tra gli sloveni del Friuli-V. G. e i cittadini di lingua tedesca nel Trentino-A.A.; mentre nella sent. 62/1992 la Corte ha escluso la possibilità di introdurre, per via giurisprudenziale, la co-ufficialità della lingua slovena nel processo, al pari di quanto avvenuto per la minoranza tedesca di Bolzano con d.P.R. 574/1988.

¹¹⁵ Con riguardo all'uso della lingua minoritaria nel processo, la Corte ha affermato che la tutela minoritaria non mira a garantire l'effettivo diritto di difesa (cosa che la condizione-rebbe alla previa dimostrazione della mancata padronanza dell'italiano, come nel caso degli stranieri), bensì si ricollega «alle esigenze di tutela riconosciute a favore del patrimonio culturale di una particolare minoranza» (sentt. 271/1994, 62/1992, 15/1996), ma tale affermazione è stata ridimensionata dalla Cassazione, che ammette la sanzionabilità della mancata traduzione degli atti nella lingua minoritaria protetta solo laddove risulti provata la non conoscenza della lingua italiana (Cass., I sez. civ., 1259/2001; Cass., VI sez. civ., 9075/2006).

¹¹⁶ Cfr. C. d. conti, sez. I, dec. 8 ottobre 1979, n. 61, cit. *supra*, in cui la Corte dei conti appunto si autodefinisce «giudice naturale degli interessi diffusi della collettività», *ex art. 25 e 103 Cost.*

¹¹⁷ La quale, al punto 2.2., nega la violazione dell'art. 103, co. 2, Cost., per opera della legge 389/1986 (istitutiva del Ministero dell'ambiente), laddove questa sottrae la competenza alla Corte dei conti a far valere la responsabilità erariale per danno all'ambiente compiuto con il concorso colpevole dei pubblici amministratori, ammettendo che la legge possa attribuire simile fattispecie alla giurisdizione del giudice ordinario. Né per la Corte sussiste la violazione dell'art. 25 Cost., «non essendo la Corte dei conti, in ogni caso, il giudice naturale della tutela degli interessi pubblici e della tutela da danni pubblici».

genza¹¹⁸. Con la riforma legislativa del 1986, invece, veniva eliminata l'azione erariale (in capo al Procuratore presso la Corte dei conti) e limitata la titolarità dell'azione civile in capo al solo Stato e agli Enti territoriali¹¹⁹, lasciando a cittadini e associazioni ambientaliste il solo potere di denuncia¹²⁰. Con ciò si ricadeva nell'aporia del conflitto d'interesse tra controllati e controllori¹²¹, aporia che non tardava a venir sottoposta al sindacato della Corte costituzionale. E qui la risposta del Giudice di costituzionalità è quanto mai istruttiva circa le ambiguità della dottrina sulla c.d. "tutela minima" dei beni costituzionali. Ammessa, infatti, la criticità della norma limitativa dell'azione di danno «in ordine alla effettività del suo funzionamento e all'assicurazione della voluta tutela del bene ambientale», la Corte laconicamente affermava che «spetta al legislatore provvedere a colmare le eventuali lacune e le deficienze al fine di assicurare la effettiva applicazione della norma stessa ai casi concreti»¹²².

4.3. *Tutela minima dei diritti: ragioni e controindicazioni di una non-dottrina della Corte*

Un accenno merita, poi, l'uso della dottrina della tutela minima, nell'ambito dei diritti sociali di prestazione¹²³. Nella sentenza n. 106/1992,

¹¹⁸ Cfr. C. d. conti, sez. I, dec. 8 ottobre 1979, n. 61, cit., in cui si rileva l'inidoneità – a tutelare i beni costituzionali in gioco – della sanzione disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici colpevoli di violazioni delle norme ambientali, per via dell'evidente conflitto di interessi e della non imparzialità del superiore gerarchico.

¹¹⁹ Proprio «quei soggetti che possono aver contribuito a determinare l'evento dannoso»: A. CROSETTI (et al.), *Diritto dell'ambiente*, Roma 2008, 72.

¹²⁰ L. n. 349/1986, art. 18, oggi modificato nel senso di riservare l'azione al solo Ministero dell'ambiente: art. 311, d.lgs. 152/2006.

¹²¹ Cfr. M. MELI, *Il principio comunitario chi inquina paga*, Milano 1996, 184 s. (in cui il meccanismo risarcitorio congegnato dall'art. 18 della l. n. 349/1986 è ritenuto come scarsamente effettivo).

¹²² C. cost., sent. 641/1987, cit., punto 2.2. Degno di nota il fatto che, in seguito, anche la Cassazione abbia continuato ad affermare l'autoapplicabilità della tutela risarcitoria del danno ambientale, a prescindere dall'intervento legislativo, per applicare l'azione risarcitoria anche a fatti anteriori alla l. 349/1986, cit. Per la Cassazione, infatti, la tutela ambientale non troverebbe la sua fonte genetica in tale legge, bensì direttamente nella Costituzione, tramite il collegamento con l'art. 2043 c.c.: Cass. 19 giugno 1996, n. 5650, in *Riv. giur. amb.*, 1997, 679, su cui cfr. U. SALANITRO, *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano 2005, 105 s.

¹²³ Sulle incertezze in materia di "contenuto minimo/essenziale" dei diritti sociali riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale, cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino 2000, 130 ss. Per un approccio favorevole alla nozione di "contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali", cfr. I. MASSA PINTO, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1114 ss.

cit., la Corte ha colpito una disposizione di legge laddove questa interrompeva una misura assistenziale (indennità per la frequenza scolastica dei minori inabili civili), facendo chiaro riferimento alle dottrine sulla “irretrattabilità” dei diritti sociali già attuati¹²⁴. Tuttavia, nonostante l’affermazione perentoria della «doverosità di ogni misura... volta a rendere effettivo» il diritto sancito dall’art. 38 Cost. all’educazione dei portatori di handicap, la Corte non ha fatto altro che appoggiarsi su una disciplina legislativa *già esistente*, posto che, dopo due anni dalla soppressione contestata, il legislatore aveva reintrodotta, sotto altro nome, la stessa provvidenza, senza però estenderla retroattivamente a coprire il periodo in cui essa era stata sospesa¹²⁵. Nella stessa decisione la Corte si appoggia al noto precedente della sent. n. 215/1987, in cui essa colpiva la disciplina legislativa sull’inserimento dei portatori di handicap laddove si limitava a prevedere che la frequenza alle scuole medie superiori «sarà facilitata» anziché disporre che «è assicurata». Anche in tal caso, tuttavia, la “manipolazione” della Corte mira principalmente a inserirsi in una legislazione già preesistente e attuativa della Costituzione (specie dell’art. 38, co. 3 e 4), tanto è vero che la Corte aggiunge il riferimento sia a poteri-doveri *già* istituzionalmente attribuiti ai competenti organi scolastici, sia «all’esistente normazione regionale, secondaria o amministrativa». Del resto, per cogliere l’ambiguità della Corte, basta confrontare tale coraggioso precedente della Corte con la timidezza da essa mostrata recentemente con riguardo alla condizione giuridica dei portatori di handicap e alle discriminazioni da questi subite per effetto di una incompiuta attuazione dell’obbligo di rimozione delle barriere architettoniche¹²⁶.

¹²⁴ La Corte parla di «*vulnus* nascente dalla negazione di un diritto in precedenza riconosciuto in attuazione del programma solidaristico di cui all’art. 38 della Costituzione».

¹²⁵ Il giudizio, difatti, segue molto più l’andamento del sindacato di ragionevolezza che non quello della violazione diretta della Costituzione, per omessa attuazione del diritto all’assistenza sociale, ex art. 38 Cost. Cfr. anche la recente sent. n. 80/2010, che pur valorizzando l’argomento della tutela minima (del diritto all’integrazione scolastica degli handicappati), svolge un sindacato tutto interno alla legislazione scolastica sugli insegnanti di sostegno, concludendo per la *irragionevolezza* dei tagli imposti dalla legge finanziaria alle assunzioni di tali docenti e restaurando la disciplina previgente.

¹²⁶ Cfr. sent. n. 251/2008, specie al punto 16 del *Considerato in diritto*, ove la Corte non ha difficoltà a manipolare il noto precedente (sent. n. 215/1987, cit.), traendone non già l’impulso alla immediata precettività delle norme costituzionali (e legislative) dirette a superare le disparità di trattamento dei portatori di handicap, bensì l’ossequio alla discrezionalità del legislatore, così da concludere in modo paradossalmente opposto a quella sentenza: «(r)esta comunque fermo che... la normativa vigente sulla eliminazione delle barriere architettoniche attende ancora di essere compiutamente attuata a salvaguardia dei fondamentali diritti delle persone disabili; ciò che postula il concorso di tutte le autorità pubbliche interessate, ciascuna nell’ambito della propria competenza legislativa ed amministrativa» (ma non quella giurisdizionale!).

Restando sul tema dei diritti sociali, è opportuno accennare alla giurisprudenza con cui la Corte trasse dalla Costituzione, e dal suo art. 2, il (“nuovo”) diritto *inviolabile* all’abitazione (sent. n. 404/1988). All’epoca si parlò della superfluità di una simile “creazione” della Corte, essendo il caso risolvibile mediante semplice ricorso al sindacato d’eguaglianza¹²⁷. Ma, in parziale analogia con quanto già visto per le minoranze linguistiche, può vedersi appunto nell’operazione della Corte una strategia retorica che vale a mettere in secondo piano il profilo più politicamente scottante (ma forse più tecnicamente fondato) della equiparabilità della famiglia di fatto con quella legale¹²⁸.

Perfettamente accostabile al precedente appare il caso della tutela del diritto inviolabile alla salute, invocata in maniera giudicata ridondante in un caso che meglio avrebbe richiesto uno scrutinio di ragionevolezza sulle distinzioni operate dalla legge sul servizio sanitario nazionale¹²⁹. Simile all’operazione della Corte sul diritto all’abitazione fu, del

¹²⁷ A. PACE, *Il convivente more uxorio, il “separato in casa” e il c.d. diritto “fondamentale” all’abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1801, secondo cui la Corte avrebbe potuto ricorrere agli art. 3 e 42 Cost., anziché enucleare un nuovo diritto senza definirne in alcun modo struttura e contenuti. Cfr. anche la critica di R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 135 s. Favorevole alla giurisprudenza della Corte sul punto è, invece, F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995, 65.

¹²⁸ Nella sent. 404/1988, cit., si trattava, infatti, di un giudizio di ragionevolezza tutto interno alla legge sull’equo canone, colpita laddove non equiparava i conviventi *more uxorio* ad altri soggetti (coniuge, parenti, affini, nonché eredi), sotto il profilo del diritto a subentrare nel contratto di locazione. Lo stesso Modugno, parla, riferendosi alla giurisprudenza della Corte, di inviolabilità del diritto di abitazione «in senso debole», non essendo «la stabilità della situazione abitativa un autonomo e indefettibile presupposto per l’esercizio dei diritti inviolabili» (F. MODUGNO, *op. ult. cit.*, 60): ma se così, ciò che davvero si è voluto tutelare è la convivenza pregressa, il mondo degli affetti della coppia, cui l’abitazione è strumentale (andamento analogo ha la sent. n. 559/1989, sul subentro del convivente nell’assegnazione della casa popolare, in caso di abbandono del “tetto pseudo-coniugale” da parte dell’assegnatario). Accostabile è, inoltre, il caso dell’assegnazione dell’abitazione al genitore affidatario dei figli, in caso di rottura della convivenza *more uxorio*, ove i diritti costituzionali della prole proclamati da C. cost. 166/1998, fanno aggio sull’equiparazione tra famiglia legale e di fatto (cfr. R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 1998, 2520 s.). Le citate sentt. nn. 404/1988 e 559/1989, sul “diritto inviolabile all’abitazione”, sono state (ambiguamente) richiamate dalla Corte, nella recente sentenza sul(l’inesistente) diritto al matrimonio tra omosessuali (sent. n. 138/2010, punto 8). L’ambiguità consiste nel fatto che la Corte, questa volta, ha richiamato quei precedenti per dimostrare la propria volontà di garantire, in «specifiche situazioni», la parità di trattamento tra coppia coniugata e coppia omosessuale convivente, quando si è visto invece come quelle decisioni della Corte vallesero a creare il diritto all’abitazione proprio come espediente retorico per non parlare di equiparazione tra coppie di fatto e coniugi.

¹²⁹ C. cost., sent. 992/1988, secondo cui le prestazioni sanitarie indispensabili e non fungibili debbono essere, direttamente o indirettamente, erogate dallo Stato (anche qualora esse siano offerte solo da strutture private non convenzionate), e ciò in virtù dell’assolutezza

resto, quella in materia di diritti inviolabili del soggetto nato a seguito di fecondazione artificiale (eterologa), ove la Corte fece ricorso a una strategia “creativa” (esaltando la clausola aperta dell’art. 2 Cost.) e mirante a valorizzare i poteri di bilanciamento (e diretta applicazione della Costituzione) del giudice comune, per evitare una meccanica equiparazione tra diritti del figlio verso il padre naturale e diritti dello stesso verso il padre “morale” (il coniuge che ha assentito alla fecondazione eterologa)¹³⁰.

E, con l’ultima vicenda accennata in materia di fecondazione artificiale, veniamo a ricongiungerci con quanto si è sopra detto circa l’ambiguità mostrata dalla Corte nel giudizio di ammissibilità del referendum sulla legge n. 40/2004. Pronuncia, come si è visto, contraddittoria, nel punto in cui la Corte giudica *a priori* migliore della tutela giurisdizionale una *qualsiasi* tutela legislativa di beni costituzionali¹³¹. Aggiunto all’excursus appena svolto, l’episodio dimostra come la Corte non intenda davvero la tutela minima come “riserva di diretta applicabilità della Costituzione” in capo ai giudici, laddove siano in gioco diritti fondamentali, e che il calco dell’art. 36 Cost. (rispetto al quale la Corte ha effettivamente avallato una simile riserva) sia un fenomeno di *trompe l’oeil*. Po-

del diritto alla salute (tanto che la Corte cita proprio il precedente della sent. 184/1986, cit., sul risarcimento del danno biologico, quasi a confondere profili privatistici con pubblicistici). Cfr. le critiche di M. LUCIANI, *Diritto alla salute*, in *Enc. giur.*, 1990, 9; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano 1998, 19 s.; A. MANGIA, *Attuazione legislativa ed applicazione giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 766 ss.

¹³⁰ C. cost., sent. 347/1998, punti 3 e 4, secondo cui tali diritti vanno specificati dal legislatore, pur spettando «al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali», dando così luogo a una *delega all’autorità giudiziaria per l’attuazione di valori costituzionali*: E. LAMARQUE, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell’utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 1998, 2645.

¹³¹ A. RUGGERI, “*Tutela minima*”..., cit., 661 ss. La legge n. 40/2004 è stata posta al riparo da un effettivo sindacato di costituzionalità anche in sede incidentale, con una decisione d’inammissibilità assai ambigua (ord. n. 369/2006: cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione*..., cit., 172 ss.). Finalmente la Corte è scesa nel merito con la sent. n. 151/2009, che ha dichiarato illegittimo l’obbligo di procedere a un unico e contemporaneo impianto di non più di tre embrioni (art. 14, co. 2), stante l’irragionevolezza di una simile norma che assimila arbitrariamente fattispecie diverse, nonché stante il pericolo che essa comporta per la salute della donna (costretta a plurimi tentativi di fecondazione artificiale). La Corte si è però data cura di affermare che resta salvo il principio legislativo «secondo cui le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario», secondo il prudente apprezzamento del medico. Su questo ed altri profili d’incostituzionalità della legge, cfr. i contributi raccolti nel volume *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Torino 2008 (e-book scaricabile dal sito www.giappichelli.it).

trebbe parlarsi di un (ab)uso retorico da parte della Corte delle potenzialità immediatamente regolative della Costituzione, con cui spesso il giudice delle leggi si è tratto d'impaccio (anche mediante la proclamazione dei c.d. "nuovi diritti") rispetto a situazioni tecnicamente risolvibili con un sindacato di ragionevolezza (e, di fatto, con esso risolte), ove però tale sindacato comportava equiparazioni politicamente e socialmente contestate¹³².

4.4. (Segue) *L'immediata precettività del diritto costituzionale di asilo secondo la Cassazione*

Una conferma della chiave di lettura critica fin qui proposta sulla giurisprudenza costituzionale (e della Cassazione) in tema di tutela minima dei diritti fondamentali è offerta dalla giurisprudenza della Cassazione in materia di diritto costituzionale di asilo. Questa ci mostra un analogo ricorso "retorico" al concetto di autoapplicabilità a fini (anche) di auto-deresponsabilizzazione. Converrà, a tal proposito, ricordare che l'unica disciplina esistente in materia è quella sul riconoscimento dello *status* di rifugiato politico (ex l. n. 722/1954, di ratifica della Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951), categoria più ristretta di quella del richiedente asilo contemplata dalla nostra Costituzione (dovendo il rifugiato dimostrare il pericolo di una *persecuzione personale* a causa della propria razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale o per le proprie opinioni politiche, mentre il richiedente asilo è tenuto soltanto a dimostrare il mancato riconoscimento nel proprio Paese delle *libertà democratiche* garantite dalla nostra Costituzione)¹³³. Converrà, inoltre, partire dalle critiche che negli ultimi anni hanno colpito

¹³² Tra i costi di simile strategia della Corte potrebbe, allora, collocarsi proprio l'effetto *spillover* dell'interpretazione "aperta" delle norme codicistiche sul risarcimento dei danni non patrimoniali, sopra illustrato. Rispetto alle esigenze di evoluzione delle interpretazioni stratificate sull'art. 2043 c.c., giudici e dottrina si sono lasciati tentare dalla facilità con cui diritti inviolabili e "tutela minima" possono agganciarsi – grazie all'uso surrettizio dell'art. 2059 c.c. – alle ampie clausole costituzionali, piuttosto che seguire le strade più impervie di una rielaborazione interna alle categorie civilistiche: cfr. PERLINGIERI, *op. cit.*, dalla cui lettura critica della sent. 233/2003 della Corte costituzionale emerge come il senso dell'operazione giurisprudenziale sia quello di aggredire il fronte della tradizione interpretativa sul lato più agevole, posto che l'art. 2043 c.c. sconta un'interpretazione stratificata (risarcimento dei soli danni patrimoniali), mentre il vero problema risulta piuttosto la fissazione di adeguati e omogenei criteri di calcolo del danno *non* patrimoniale. Cfr. anche F.D. BUSNELLI, *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in *Danno e resp.*, 2008/6, 610 s.

¹³³ Alla ratifica della Convenzione non è seguita alcuna disciplina di attuazione interna, fino alla l. n. 39/1990 (di conversione del d.l. n. 416/1989), che all'art. 1 si è riferita ai soli «rifugiati».

l'orientamento di alcune sezioni della Cassazione, le quali avrebbero, di fatto, svuotato il precedente assunto delle Sezioni Unite (civili), secondo cui «l'art. 10, terzo comma, Cost., attribuisce direttamente allo straniero... un vero e proprio diritto soggettivo all'ottenimento dell'asilo, anche in mancanza di una legge che, del diritto stesso, specifichi le condizioni di esercizio e le modalità di svolgimento»¹³⁴. A partire dalla sentenza n. 25028 del 2005, la Sezione prima della Cassazione¹³⁵ avrebbe ridotto simile diritto costituzionale (e con esso l'immediata precettività della Costituzione) a un vuoto simulacro, posto che per essa il diritto d'asilo (in assenza di attuazione legislativa) non potrebbe consistere in altro che nel diritto a ottenere un permesso temporaneo di soggiorno per il periodo necessario a valutare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per il riconoscimento dello *status*... di rifugiato!¹³⁶

Tuttavia, le ambiguità stavano già tutte nella (non molto approfondita) motivazione della citata sentenza del 1997 con cui le Sezioni Unite avevano riconosciuto l'autoapplicabilità della norma costituzionale sul diritto d'asilo. Ambiguità riconducibili allo schema già visto, con riguardo alla giurisprudenza costituzionale relativa alla "tutela minima" delle minoranze linguistiche, del diritto all'abitazione, del concepito da fecondazione eterologa, ecc. Il giudice evita, ricorrendo all'autoapplicabilità, un più imbarazzante confronto con la legislazione subcostituzionale esistente e con i più "creativi" strumenti del sindacato di eguaglianza.

Applichiamo lo schema alla decisione della Cassazione del 1997. Innanzitutto, alla Cassazione non si chiedeva di articolare una disposizione procedurale attuativa del diritto di asilo, bensì solo di pronunciarsi sulla giurisdizione del giudice ordinario, anziché amministrativo, rispetto alla domanda di accertamento giudiziale delle condizioni stabilite dall'art. 10, co. 3, Cost., per poter godere del diritto di asilo in Italia¹³⁷. Facile, dunque, e altamente simbolico, pronunciarsi sull'immediata precettività del diritto costituzionale di asilo, al mero fine di riconoscere la giurisdizione

¹³⁴ Cass., S.U. civ., 26 maggio 1997, n. 4674.

¹³⁵ Del 25 novembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 2851 ss., con nota critica di P. PASSAGLIA, *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, *ivi*.

¹³⁶ Cfr. P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 2852 s., che parla di «protezione interinale e sottoposta a condizione risolutiva».

¹³⁷ Domanda posta da un cittadino liberiano che aveva convenuto dinanzi al Tribunale di Roma il Ministero dell'Interno. Da notare che, mentre nel giudizio di merito l'Avvocatura dello Stato eccepeva la giurisdizione del giudice ordinario e invocava quella del giudice amministrativo (secondo quanto previsto dalla legge per i rifugiati, art. 5, co. 2, d.l. n. 416/1989, conv. in l. n. 39/1990), nel successivo giudizio incidentale per regolamento di giurisdizione proposto dal ricorrente, la stessa Avvocatura non svolgeva alcuna attività difensiva (restando dunque il Governo silente quanto all'interpretazione da dare alla Costituzione).

del giudice ordinario, lasciando poi ai giudici di merito i concreti problemi di operatività della norma costituzionale inattuata. Non a caso, infatti, le Sezioni Unite contornano di una postilla inquietante il riconoscimento dell'autoapplicabilità del diritto d'asilo: la disposizione costituzionale, «*seppure in parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie*» che fa sorgere il diritto in questione; in mancanza di una attuazione legislativa dell'art. 10, co. 3, Cost., «allo straniero il quale chiede il diritto di asilo *nul-l'altro viene garantito se non l'ingresso nello Stato*». E, come in seguito emergerà, ci si poteva fin da allora chiedere: l'ingresso per fare cosa? Non esistendo, infatti, alcuna procedura di rilascio del permesso di soggiorno in materia di asilo, bensì solo quella per il rifugio politico, l'ingresso dello straniero senza *diritto di permanenza* appariva già alquanto problematico.

In secondo luogo, la Cassazione del 1997 ricorre all'autoapplicabilità per evitare un sindacato di eguaglianza mirante a estendere le norme di dettaglio previste per la garanzia dei rifugiati ai richiedenti asilo¹³⁸. Simile estensione si scontrerebbe, però, con il fatto che le categorie non sono sovrapponibili, essendo quella dei rifugiati politici «meno ampia di quella degli aventi diritto d'asilo» (e proprio in tale diversa *quantità* dei richiedenti asilo, paventata da forze politiche e sociali, sta tutta la politicità e la delicatezza del problema giuridico)¹³⁹. Ed essendo due categorie differenti, non apparirebbe corretto estendere ai richiedenti asilo la tutela legislativa (e internazionale: Convenzione di Ginevra) dei rifugiati, i quali versano in condizioni più gravi (perché personalmente a rischio di persecuzioni) e dunque correttamente godono «di uno *status* di particolare favore».

In terzo e ultimo luogo, la Cassazione ricorre all'autoapplicabilità per svincolarsi dalla questione di legittimità costituzionale proposta dal P.M. sulla legislazione del 1989-1990 che, limitandosi a garantire il diritto di asilo ai soli rifugiati, «restringe il novero dei soggetti del diritto stesso» in violazione dell'art. 10, co. 3, Cost.¹⁴⁰. Da notarsi, incidentalmente, che il sollevamento di una simile questione (alla stregua dell'art. 10, co. 3,

¹³⁸ Affermata la diretta precettività della norma costituzionale, la Cassazione dichiara subito l'esistenza del problema «se, in mancanza di una specifica normativa di attuazione del precetto dell'art. 10, terzo comma, Cost., la normativa che disciplina il riconoscimento dello *status* di rifugiato politico sia applicabile anche in tema di riconoscimento del diritto di asilo».

¹³⁹ L'esistenza di un doppio binario, garanzia legislativa per i rifugiati e garanzia pretoria per i «meri» richiedenti asilo, non avrebbe posto problemi fino agli anni ottanta, stante «l'estrema esiguità delle ipotesi in cui l'Italia era destinataria di richieste di asilo o di rifugio»: P. PASSAGLIA, *op. cit.*, 2852.

¹⁴⁰ Cass. 4674/1997, cit., parte finale della motivazione.

Cost. e non dell'art. 3, co. 1, Cost.) non poteva non equivalere, di nuovo, a una richiesta di estendere ai richiedenti asilo la tutela legislativa apprestata per i rifugiati. Tuttavia, la Cassazione elude il problema e dichiara *manifestamente infondata e irrilevante* la questione, posto che la legge n. 39/1990 non farebbe alcuna menzione dell'art. 10, co. 3, Cost. (*sic!*), contenendo invece solo un esplicito riferimento alla Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati. Ovvio che una simile argomentazione appare capziosa (come se il legislatore potesse scegliere se sottoporsi o meno alle singole disposizioni costituzionali, affermando di volerle attuare o restando silente). Essa risulta possibile, tuttavia, proprio grazie al fatto che, *in incipit*, gli stessi giudici di legittimità si erano peritati di affermare una (assai fumosa nelle sue conseguenze) *immediata precettività* della norma costituzionale sul diritto di asilo. È questa, infatti, la chiave di volta che permette di distinguere le categorie (asilo, rifugio politico), senza far pagare al legislatore la responsabilità per la propria negligenza dinanzi all'art. 10, co. 3, Cost. Sarebbe, ovviamente, risultato assai più problematico per la Cassazione affermare, contemporaneamente: 1) che il diritto costituzionale di asilo costituisce norma meramente programmatica (dopo più di quarant'anni di inattuazione); 2) che nessun problema di costituzionalità sorge rispetto alla legge che si limita a tutelare la categoria dei soli rifugiati (non *diversa* ma semplicemente *contenuta* in quella dei richiedenti asilo)¹⁴¹.

5. *La tutela minima dei diritti quale dottrina dell'autoapplicabilità non invasiva della discrezionalità legislativa?*

La *dottrina* della tutela minima dei diritti sembra – nelle parole della Corte costituzionale e dei giudici comuni – il pendant *sostanziale* delle dottrine *formali* sugli effetti diretti e sull'autoapplicabilità delle norme, nell'accezione “sanzionatoria” che le accomuna e che si è cercato di enucleare nel capitolo precedente. Si tratta di una dottrina giurisprudenziale che sembra tagliare trasversalmente alcuni ambiti: il diritto regionale, il referendum abrogativo e l'applicazione giudiziaria della costituzione (nonché di alcuni trattati internazionali).

¹⁴¹ Più che dall'applicazione diretta della Costituzione, una qualche forma di protezione degli stranieri non titolari dello *status* di rifugiato (ma probabilmente titolari del diritto costituzionale d'asilo) è derivata dal diritto dell'Unione europea e dalla sua attuazione legislativa interna: cfr. la direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 recante *norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta*, attuata dal d.lgs. n. 251/2007.

Essa si comporta, tuttavia, in modo quasi opposto, a seconda degli ambiti, mostrando nei primi due (regionale e referendum abrogativo) un'apparente preferenza da parte della Corte costituzionale per l'attuazione legislativa dei diritti (nonostante le ricadute o i costi che ciò produce in termini di garanzie delle attribuzioni costituzionali di altri poteri, delle regioni o dei promotori del referendum). Con qualche forzatura, potremmo dire che, in tali ambiti, la Corte non si affida alla regola di *default* della diretta applicabilità giudiziaria dei principi normativi espressi (che risulta addirittura codificata, per il diritto regionale, nella forza abrogatrice dei principi fondamentali statali, *ex art.* 10 della legge Scelba, l. n. 62/1953), preferendo tenere fuori dallo quadro la stessa evenienza che un'inerzia legislativa in tali ambiti possa trovare (parziale) rimedio in capo al potere giudiziario. Il che, appunto, sembra proprio andar contro il diverso approccio dalla stessa Corte mostrato nell'ambito dell'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali inviolabili, compresi quelli più politicamente sensibili, ossia i diritti sociali "che costano".

Tuttavia, se si accetta la ricostruzione che è stata offerta nei paragrafi precedenti, l'aporia appare solo apparente, posto che, di regola, la dottrina della tutela minima *non mira* a erodere il potere legislativo (di implementazione di principi costituzionali), attraverso una efficace implementazione giudiziaria dei diritti costituzionali derivata per analogia (o attraverso il sindacato d'eguaglianza) dalle discipline legislative (dettagliate) esistenti, o addirittura attraverso una sorta di "riserva di giurisdizione" di attuazione costituzionale (come il "falso modello" dell'art. 36 Cost. sulla retribuzione sufficiente dei lavoratori sembra accreditare). Proprio al contrario, tale dottrina, pensando di salvare capra e cavolo, cerca di eludere giudizi di analogia e/o sindacati di eguaglianza scomodi o prematuri, mirando però a far salva la prescrittività della Costituzione. Il che si traduce, spesso, in offerte di tutela "pretoria" non abbastanza efficaci o durevoli (paradigmatico il caso dell'orientamento della Cassazione sul diritto d'asilo).

6. *Autoapplicabilità dei doveri e riserva di legge*

6.1. *L'autoapplicabilità delle norme costituzionali quale matrice di poteri extra-legem?*

L'indagine sui nessi tra autoapplicabilità e tutela dei diritti non sarebbe, però, completa senza affrontare anche l'altro versante dell'autoapplicabilità, quello, per così dire, più imbarazzante e meno "garantista". Si tratta, infatti, di analizzare alcuni casi giurisprudenziali collocabili sotto

l'etichetta dell' "autoapplicabilità dei doveri", o degli obblighi. Ossia di un fenomeno che, contraddicendo il principio di legalità e di riserva di legge, abilita determinati soggetti (pubblici ma anche privati) a *limitare* diritti costituzionali individuali, in assenza di adeguato fondamento legislativo.

A introdurre la tematica può valere l'illustrazione di un caso che, all'epoca, fu piuttosto dibattuto. Si tratta della (criticata) decisione "additiva di principio" con cui la Corte dichiarò l'incostituzionalità della norma di legge che vieta ai datori di lavoro di effettuare indagini sulla sieropositività dei dipendenti (l. n. 135/1990), nella parte in cui non prevede che tali accertamenti possano costituire una «condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute dei terzi»¹⁴². L'immediata applicabilità dell'addizione operata dalla Corte veniva subito contestata, per l'indeterminatezza di un simile principio che mal si concilia con la riserva di legge fissata in Costituzione per i trattamenti sanitari obbligatori (art. 32, co. 2, Cost.)¹⁴³. E la natura non autoapplicativa della decisione della Corte sembrava confermata dall'assenza di seguito giurisprudenziale da parte dei giudici comuni¹⁴⁴. Se, tuttavia, non sembra darsi casistica giurisprudenziale volta a legittimare il potere del datore di lavoro di imporre ai propri dipendenti il test di sieropositività, è risultato invece possibile al giudice far ricorso al principio aggiunto dalla Corte per vagliare la responsabilità penale dello stesso datore che (assieme con il medico) avesse effettuato quei test¹⁴⁵. Per il giudice penale, infatti, l'eventuale connessione tra accertamenti medici e attività lavorative rischiose per la salute dei terzi avrebbe reso il comportamento del datore di lavoro e del medico penalmente non perseguibile¹⁴⁶.

La ricostruzione svolta dal giudice penale è coerente con la decisione della Corte e ne illumina potenzialità applicative: se è vero, infatti, che il principio stabilito dalla sent. n. 218/1994 non è in grado di attri-

¹⁴² C. cost., sent. n. 218/1994.

¹⁴³ Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, cit., 101 s. L'allora Presidente della Corte Casavola avrebbe dichiarato in conferenza stampa la non autoapplicatività della sentenza, mentre l'allora Ministro della sanità invocò come indispensabile l'intervento legislativo in materia, che evitasse «un improprio e indiscriminato richiamo alla decisione della Corte» (cfr. la nota red. alla sent. 218/94, in *Giur. cost.*, 1994, 1819).

¹⁴⁴ E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 217, nt. 51.

¹⁴⁵ Posto che la legge assiste della sanzione penale il divieto di effettuare simili test sui lavoratori dipendenti (cfr. l. n. 135/1990, art. 6).

¹⁴⁶ Per cui il Pretore, in applicazione dei «sicuri insegnamenti» della Corte costituzionale (sent. 218/1994, cit.), verificava l'inesistenza di simile rischio nelle mansioni che i lavoratori erano chiamati a svolgere, prima di condannare gli imputati: Pretura penale Torino, 15 febbraio 1996, in *D & L - Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 1052 ss. Il ragionamento è convalidato dalla stessa Cassazione (sez. III pen., 8 gennaio 1998, n. 43 in *Mass. giur. lav.*, 1998, 321).

buire poteri di accertamento in capo ai datori di lavoro (fino al licenziamento in caso di perdurante rifiuto del lavoratore), esso rende però contraddittoria e incostituzionale la previsione di una *sanzione penale* a danno degli stessi datori (che, appunto, si stanno adoperando, in ossequio all'art. 32 Cost., per la salvaguardia della salute dei cittadini coinvolti nelle attività da essi gestite). E non è affatto arbitrario pensare che tanto il giudice *a quo* quanto la Corte abbiano avuto presente *anche* (soprattutto?) le ulteriori conseguenze penali cui il datore di lavoro, nel caso *a quo*, sarebbe andato incontro¹⁴⁷.

Si tratta, come si vede, di far derivare situazioni soggettive di svantaggio (doveri, obblighi, soggezioni, ecc.) direttamente dalla Costituzione, in assenza di una disciplina legislativa, che pure la stessa Costituzione sembra imporre. Interessante notare come tutto il discorso della Corte (nella sent. n. 218/1994, cit.) si incentri sulla «esigenza di tutelare la salute dei terzi (o della collettività generale)»¹⁴⁸. Con ciò dimostrando la natura “*double-face*” dell'argomento dei diritti inviolabili e della loro immediata tutelabilità. Il pericolo insito in simile uso “limitativo” dei diritti è stato, in qualche modo, neutralizzato nel caso illustrato degli accertamenti di sieropositività, con un interessante commutazione di un *potere* privato del datore di lavoro (non autoapplicativo perché non disciplinato nel dettaglio dal legislatore, secondo la riserva dell'art. 32 Cost.) in un *diritto* dello stesso datore (esclusione della punibilità per chi ha agito al fine di tutelare la salute dei terzi), la cui struttura (divieto per lo Stato di comminare la sanzione penale) è tecnicamente compatibile con l'autoapplicabilità delle norme di principio (pure in assenza di specificazione legislativa).

Altrettanto istruttiva è la giurisprudenza costituzionale sul diritto di sciopero, su cui pure si avrà modo di tornare in questo come nel prossimo capitolo. Si tratta di un diritto che, ancor più di quanto visto per l'art. 36 Cost. e la giusta retribuzione del lavoratore, chiaramente la Costituzione affida alla disciplina legislativa. L'inerzia legislativa sull'art. 40 Cost., come noto, si protrasse però a lungo, per cause politico-istituzionali strutturali¹⁴⁹. Nel frattempo i giudici e la Corte costituzionale venivano interrogati sulla diretta applicabilità della disposizione costituzionale inattuata. Intervenendo sulla norma del Codice Rocco (art. 330 c.p.)

¹⁴⁷ La responsabilità penale di cui si tratta, infatti, è sancita nella stessa l. 135/90 su cui è intervenuta C. cost. 218/94, all'articolo 6, successivo a quello dichiarato incostituzionale. Lo stesso giudice *a quo*, procedente in sede civile, avrebbe dovuto trasmettere gli atti al Pubblico ministero, per l'esercizio dell'azione penale.

¹⁴⁸ Sent. n. 218/1994, punto 2.

¹⁴⁹ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Articolo 40*, cit., 290 ss.

che sanzionava penalmente lo sciopero dei pubblici dipendenti, la Corte ebbe modo di trasformare radicalmente la *ratio* del legislatore fascista, con decisioni che miravano a lasciare in piedi il limite penale allo sciopero soltanto in determinati settori (quali i servizi pubblici essenziali), proprio ricorrendo agli argomenti tipici della dottrina della “tutela minima”: anche laddove il legislatore fosse intervenuto a disciplinare il diritto costituzionale di sciopero, esso non avrebbe potuto ignorare i limiti intrinseci alla tutela di altri beni costituzionali, sopra tutti la tutela dei diritti inviolabili dei cittadini messi in sacrificio dall’esercizio del diritto di sciopero altrui¹⁵⁰. Tali diritti imponevano, dunque, la perdurante tutela apprestata dall’ordinamento, ossia un discutibile obbligo di incriminazione penale direttamente fondato sulla Costituzione¹⁵¹.

Se negli esempi appena analizzati (potere di imporre controlli di sicurezza ai dipendenti privati; limite penale allo sciopero nei servizi pubblici essenziali), l’autoapplicabilità dei doveri si è tradotta in un surplus di discrezionalità in capo al giudice penale (chiamato a una delicata opera di verifica del limite oltre il quale un diritto costituzionalmente tutelato trasmoda in violazione di altri diritti), si sono dati e si danno casi in cui i diritti inviolabili degli individui (assunti nella loro dimensione di “collettività”) hanno fondato (o contribuito a fondare) poteri della pubblica amministrazione a danno di altri diritti individuali, in elusione della garanzia costituzionale della riserva di legge. Il che può essere anche inquadrato tra i fenomeni di immediata applicazione della Costituzione da parte della p.a.

6.2. *Diretta applicabilità della Costituzione e poteri della p.a.*

Nell’ambito del rapporto tra poteri della p.a. e immediata applicazione della Costituzione, è stato dimostrato come dalla casistica giuri-

¹⁵⁰ C. cost. nn. 123/1962, 31/1969, su cui cfr. V. ONIDA, *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1969, 898 ss. Seguendo le parole della Corte, «(l’)ampia discrezionalità spettante al legislatore per l’assolvimento del compito conferitogli dall’art. 40 non potrebbe mai esercitarsi in modo da pregiudicare gli interessi fondamentali dello Stato previsti e protetti dalla Costituzione. Né può ammettersi che l’intervento della Corte si renda possibile solo dopo che il potere predetto sarà stato esercitato ed in confronto alla legge a tale scopo emanata, perché, a parte l’assurdo di un diritto suscettibile di svolgersi per un tempo indeterminato all’infuori di ogni limite, il vincolo a carico del legislatore, proveniente da una fonte sopraordinata, com’è la Costituzione, precede e condiziona la sua attività. (...) Rilievo ancora maggiore assumono le prospettate esigenze garantiste quando si abbia riguardo ai valori fondamentali legati all’integrità della vita e della personalità dei singoli, la cui salvaguardia, insieme a quella della sicurezza verso l’esterno, costituisce la prima ed essenziale ragion d’essere dello Stato» (sent. n. 31/1969, punto 2).

¹⁵¹ V. ONIDA, *op. cit.*, 908 s.

sprudenziiale risulti che «(l)'obbligo di applicare direttamente la Costituzione, ove sia davvero tale, funziona... nel senso di restringere, mai di incrementare, la componente "non-giustiziabile" dell'attività discrezionale»¹⁵². Dalla casistica emergerebbe che «la Costituzione può fungere, tutt'al più, da condizione di legittimità ulteriore dell'atto amministrativo (già) discrezionale, più che vero e proprio fattore di legittimazione, origine e fondamento del potere amministrativo»¹⁵³. Eccezioni ve ne sarebbero, ma tali da confermare la regola.

Così è avvenuto per l'uso diretto della Costituzione da parte della p.a., in materia iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), ove per un breve frangente si è ritenuta ammissibile l'applicazione diretta da parte dell'amministrazione del principio dell'*utilità sociale*, quale limite al diritto del privato, oltre e perfino *contro* le specificazioni di legge¹⁵⁴. Per il giudice amministrativo, ispirato da parte della dottrina, simile accrescimento di poteri discrezionali della p.a. si fonderebbe sul potere-dovere di bilanciare la libertà di iniziativa economica privata con il principio costituzionale dell'*utilità sociale*, intesa «come sommatoria delle esigenze dei consumatori, immediatamente vincolante e applicabile in sede di diniego (dell'autorizzazione); indipendentemente dal principio di "riserva di legge"»¹⁵⁵. L'orientamento veniva, tuttavia, smentito dallo stesso Consiglio di Stato, sul presupposto che dalla Costituzione si trae anche l'ulteriore indicazione della *riserva di legge* circa i programmi e i controlli finalizzati a indirizzare e coordinare l'iniziativa economica privata «a fini sociali» (art. 41, co. 3, Cost.)¹⁵⁶.

¹⁵² M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, cit., 294.

¹⁵³ M. MAGRI, *op. cit.*, 295.

¹⁵⁴ Cfr. TAR Emilia Romagna, 12 marzo 1981, n. 115, in *Foro amm.*, 1981, 2060; Cons. St., sez. V, 25 gennaio 1993, n. 159, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, 124, analizzate da M. MAGRI, *op. cit.*, 299 ss., da cui sono tratte le riflessioni del testo. Si tratta di una fattispecie relativa all'autorizzazione commerciale, che il Comune avrebbe dovuto rilasciare conformemente al Piano di commercio già adottato, senza potersene discostare (*ex l. n. 426/1971*); al contrario, alcuni Comuni provvedevano a una rivalutazione, caso per caso, delle singole istanze dei privati, per eventualmente negare la compatibilità con l'*utilità sociale* anche nell'ipotesi di esercizi commerciali pienamente rientranti nella programmazione già adottata (ovvero non contrastanti con i limiti tassativamente fissati nella legge).

¹⁵⁵ M. MAGRI, *op. cit.*, 301 s., che, in riferimento alle suggestioni dottrinarie, cita F. P. PUGLIESE, *La nuova disciplina del commercio*, in *R. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1006. Ma assai calzanti appaiono, in proposito, anche le suggestioni di S. RODOTÀ, *Art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1982, 113 ss., sulla possibilità di interpretare estensivamente/analogicamente tutti i limiti legislativi di legge alla proprietà privata ispirati all'*utilità sociale*, costituzionalmente riconosciuta, e ciò, proprio al fine di una migliore garanzia degli interessi *diffusi* tendenzialmente sforniti di adeguate tutele giuridiche e inadeguatamente rappresentati.

¹⁵⁶ Cons. St., sez. V, 18 ottobre 1996, n. 1244, in *Cons. St.*, 1996, I, 1506, cit. da M. MAGRI, *op. cit.*, 303 s.

Qualcosa di simile si è dato nella giurisprudenza amministrativa sul numero chiuso all'Università, ove a una iniziale apertura al potere "paralegislativo" delle singole Università, direttamente fondato sull'autonomia universitaria, *ex art. 33 Cost.*, faceva seguito la chiusura del Consiglio di Stato, con una decisione che riaffermava il principio di legalità¹⁵⁷. Ed è interessante notare che in questa decisione il supremo giudice amministrativo abbia espressamente smentito l'impostazione dell'Università parte in causa, volta a giustificare la deroga al principio della riserva di legge sulla base della necessità di intervenire *a tutela della incolumità delle persone e del diritto di poter fruire in modo effettivo* del servizio offerto dall'ateneo¹⁵⁸.

6.3. *Autoapplicabilità dei diritti della collettività e potere d'ordinanza*

Meno rassicurante è, tuttavia, il fenomeno dell'autoapplicabilità dei "diritti della collettività" a scapito della riserva di legge e delle garanzie individuali, con riguardo alla tematica delle c.d. "ordinanze libere" di cui alcune autorità amministrative continuano a essere dotate.

Emblematica, a questo proposito, la vicenda della modifica legislativa del potere d'ordinanza del Sindaco, nella sua qualità di ufficiale del Governo. La recente riforma dell'art. 54 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (Tuel) non solo amplia a dismisura i confini dell'intervento del Sindaco, bensì rende quest'ultimo un potere *ordinario*, da straordinario che era¹⁵⁹. La successiva integrazione della nuova

¹⁵⁷ Cons. St., sez. IV, 19 maggio 1994, n. 793, in *Cons. St.*, 1994, I, 846, analizzata da M. MAGRI, *op. cit.*, 309 s.

¹⁵⁸ Cfr. ancora M. MAGRI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁹ Cfr. l'art. 54 del Tuel (d.lgs. n. 267/2000), come modificato dall'art. 6 del d.l. 92/2008 (conv. in legge dalla l. n. 125/2008), e il d.m. del Ministero dell'interno del 5 agosto 2008 (in G.U. n. 186/2008), cui il nuovo art. 54, co. 4-bis, del Tuel rinvia. Mentre la versione precedente della disposizione attribuiva al Sindaco il potere di adottare, «con atto motivato e nel rispetto di principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini», l'attuale formulazione prevede il potere di adottare (sempre motivando e nel rispetto dei principi generali) «provvedimenti, *anche* contingibili e urgenti..., al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità *pubblica e la sicurezza urbana*» (corsivi aggiunti). A sua volta, il d.m. definisce l'incolumità come «l'integrità fisica della popolazione» e la sicurezza urbana «un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale», indicando poi una serie di ambiti d'intervento del sindaco, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto. Sulla riforma, la Corte è già intervenuta con decisioni relative a profili relativi non al mancato rispetto della legalità sostanziale e/o della riserva di legge, bensì all'invasione di competenze regionali (e della Provincia autonoma di Bolzano): sentt. nn. 196/2009 (violazione delle competenze dei Presidenti delle Province autonome in materia di

disciplina, avvenuta per opera del decreto del Ministero dell'interno e la prassi delle ordinanze sindacali concretamente adottate confermano l'ipotesi della creazione di un potere para-normativo attribuito ai Sindaci¹⁶⁰, diretto a incidere su un ampio spettro dei diritti costituzionali individuali, in assenza di adeguati limiti di legge¹⁶¹.

Quel che più rileva, in questa sede, è analizzare la strumentalizzazione dell'argomento dei "diritti", quale fonte di legittimazione di un simile potere para-normativo. È lo stesso decreto ministeriale (cui il nuovo art. 54 Tuel fa rinvio per specificare le nozioni di *incolumità pubblica* e *sicurezza urbana*) ad affermare, in premessa, che «la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica... è riservata alla competenza esclusiva dello Stato, al fine di assicurare uniformità su tutto il territorio nazionale dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali fondamentali». L'evocazione del livello essenziale dei diritti (art. 117.2/m, Cost.), quale fine perseguito dai poteri esclusivi statali in materia di ordine pubblico e sicurezza (art. 117.2/h, Cost.), pur valendo in primo luogo a giu-

sicurezza) e 226/2010 (relativa, in realtà, alla diversa disciplina legislativa statale che disciplina il fenomeno delle c.d. "ronde"). Nella prima decisione, la Corte ha rilevato che la nuova disposizione del Tuel attribuisce ai Sindaci «vasti ed indeterminati poteri in tema di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana», affermando contemporaneamente che, sul decreto del Ministero dell'interno, resta impregiudicata «una valutazione del merito del decreto impugnato ed in particolare dal profilo concernente l'ampiezza della definizione del concetto di «sicurezza urbana» in relazione ai suoi potenziali riflessi sulla sfera di libertà delle persone». La Corte ha ammesso che la riforma aggiunge alla previgente categoria di ordinanze contingibili e urgenti una nuova tipologia di provvedimenti "ordinari", durevoli e non provvisori, che prescindono da motivazioni d'urgenza. Contemporaneamente essa ha offerto un'interpretazione restrittiva del concetto di "sicurezza urbana", quale *attività di prevenzione e repressione dei reati* (interpretazione ribadita nella sent. n. 226/2010). Sulla disciplina pende (almeno) una questione di legittimità costituzionale: cfr. l'ordinanza del TAR Veneto, sez. III, del 22 marzo 2010 (in G.U., *Parte speciale*, n. 26 del 2010).

¹⁶⁰ Il carattere prevalentemente normativo (e a volte sostitutivo della disciplina legislativa statale) è rilevato anche dallo studio dell'ANCI, (cfr. il dossier della fondazione dell'ANCI, "Cittalia", *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*, marzo 2009, 67 ss., su www.anci.it).

¹⁶¹ La prassi delle (numerose) ordinanze fin qui adottate mira a sovrapporre alle leggi statali, in modo stabile e generalizzato, una serie di prescrizioni comportamentali su scala locale, tutte assistite da (potenzialmente pesanti) sanzioni amministrative pecuniarie, nonché, in molti casi, anche da misure accessorie (come la confisca, previo sequestro amministrativo (artt. 20 e 13 della l. 689/1981): cfr. N. ZORZELLA, *I nuovi poteri dei sindaci nel "pacchetto sicurezza" e la loro ricaduta sugli stranieri*, in *Dir. immigr. cittadinanza*, 3-4/2008, 69. Vale la pena ricordare come, intervenendo per la seconda volta sull'art. 2 del Tulpes e sul potere prefettizio d'ordinanza, la Corte costituzionale ebbe ad osservare che, nonostante i criteri interpretativi formulati nel suo precedente (sent. 8/1956), «molti Prefetti hanno emesso provvedimenti che... tendono ad avere carattere di permanenza» (sent. 26/1961, punto 2 del *Considerato in diritto*, che dichiara incostituzionale l'art. 2 «nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico»).

stificare una disciplina statale in ambiti materiali inestricabilmente connessi con competenze regionali e locali (come la polizia locale)¹⁶², si salda con la logica dell'attuazione diretta dei diritti costituzionali in capo ad autorità esecutive, quale surrogato della legalità sostanziale.

L'ambiguo argomento dei "diritti" trapela anche nella prima (e discutibile) reazione giurisprudenziale all'uso para-normativo delle ordinanze, nel punto in cui si tende a legittimare il potere del Sindaco di vietare comportamenti che la legge ha depenalizzato e reso leciti (come la prostituzione). Sebbene il giudice amministrativo abbia ammesso la potenziale incisione di diritti di libertà (quale la libertà sessuale delle prostitute, garantita anche sotto il profilo economico dall'art. 41 Cost.), esso ha poi contrapposto i limiti costituzionali dell'utilità sociale, della sicurezza e della dignità umana, ammettendone una loro implementazione in via d'ordinanza, anziché in base alla legge¹⁶³.

Ora, è chiaro che, se già in passato le c.d. "ordinanze libere" avevano suscitato perplessità nella dottrina, per la loro sostanziale violazione del principio di legalità e di riserva di legge¹⁶⁴, oggi, quando anche la *straordinarietà* dei poteri in questione sembra venuta meno, non dovreb-

¹⁶² Cfr., con diversi accenti, P. BONETTI, *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei sindaci in materia di sicurezza urbana e l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci quali "ufficiali di Governo"*, in *Regioni*, 2009/6, 1403 ss.; T.F. GIUPPONI, *"Sicurezza urbana" e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi*, ivi, 1421 ss.

¹⁶³ Cfr. TAR Lazio, sez. II, sent. n. 12222 del 22 dicembre 2008, punto 5, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sebbene in sede di sospensiva e dunque con motivazione assai stringata, il TAR Veneto, sez. III, ord. 8 gennaio 2009, n. 22, ha accolto l'istanza di sospensione dell'ordinanza antiprostituzione del Sindaco di Verona ravvisando il *periculum in mora* «nell'incisione di diritti e libertà individuali non suscettibili di successivo ristoro».

¹⁶⁴ Come noto, la Corte costituzionale ha condizionato l'ammissibilità di poteri d'ordinanza, oltre che al generale limite dei principi generali dell'ordinamento, al divieto di incidere su materie coperte da riserve di legge assoluta, ovvero fissando, per le materie coperte da riserva relativa, la condizione di adeguati limiti legislativi al potere d'ordinanza (sent. 26/1961, sull'art. 2 del Tulpis: cfr. V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886 ss., che giudica contraddittorio il salvataggio operato dalla Corte della norma "in bianco" del Tulpis; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nov. Dig. it.*, XII, 1965, 94 s., pure critico verso la scarsa intelligibilità della sent. 26/1961); per l'incostituzionalità del fenomeno, G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003, 443 ss.; per la tesi giustificazionista, cfr. R. CAVALLO PERIN, *Art. 54*, in CAVALLO PERIN-ROMANO, *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie locali*, Padova 2006, 364 s. Con particolare riguardo alle sanzioni amministrative (cui le ordinanze sindacali fanno abbondantissimo uso), lo stesso art. 1, co. 2, l. n. 689/1981 stabilisce che «(l)e leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati», mostrando di ritenere *tutte* le sanzioni amministrative coperte da riserva di legge relativa e vincolate alla legalità sostanziale: cfr. N. ZORZELLA, *op. cit.*, 64 s. Sulla valenza "materialmente costituzionale" della riserva di legge posta dalla l. n. 689/1981, cit., cfr. L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, 1990, 7.

bero aversi troppi dubbi sulla illegittimità costituzionale della novella legislativa (e sul relativo decreto ministeriale di attuazione) che così tanto potere rilascia ai Sindaci¹⁶⁵.

6.4. *L'insuperabile valenza garantista della riserva di legge*

All'interno della stessa dottrina, tuttavia, si sta affacciando l'ineffabile tesi per cui il principio di legalità dovrebbe ormai segnare il passo, in presenza di un duplice fenomeno di diretta precettività dei diritti costituzionali (azionabili anche a prescindere dall'intermediazione legislativa) e di «“diffusione” istituzionale dei centri decisionali provvisti di legittimazione democratico-elettiva»¹⁶⁶. Applicando simile impostazione ai po-

¹⁶⁵ La Corte cost. (sent. 201/1987) ha subordinato le “ordinanze libere” all'esistenza di una «specifica autorizzazione legislativa che, anche senza disciplinare il contenuto dell'atto (questo in tal senso può considerarsi libero), indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata». Per alcuni, il rischio di delega in bianco al decreto ministeriale, cui rinvia l'art. del nuovo art. 54 del Tuel, può essere fugata, secondo la lettura data dal primo d.m. adottato (del 2008, cit.) alla finalità delle ordinanze: «difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile». Con il che, le ordinanze dovrebbero senz'altro rispettare le vigenti norme (non solo legislative) inerenti la convivenza civile, limitandosi a “modularle” e adattare ai contesti locali (L. VANDELLI, *Le ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana*, settembre 2008, in *Astrid online*, 9, 12 s.). Accenna all'incostituzionalità del rinvio al d.m., A. CORPACI, *Sui nuovi poteri dei Sindaci in materia di sicurezza: un rafforzamento delle autonomie locali?*, in *Regioni*, 3/2008, 470; sostiene la violazione della riserva di legge ex art. 23 Cost., M. PIAZZA, *Ordinanza anti-prostituzione per il “buon costume” o scostumatamente anti-Costituzione?*, in *Giur. cost.*, 2008, 4024 ss. Per la tesi dell'incostituzionalità, cfr. P. CAVALERI, *Diritti fondamentali e ordinanze dei sindaci*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli 2009, vol. III, 939 ss. Suggestisce, invece, un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, A. MORRONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano 2009, 180 ss. (per cui le ordinanze non aventi natura contingibile e urgente non potrebbero derogare a norme vigenti); propende per una decisione della Corte cost. interpretativa d'accoglimento che impedisca il ricorso in via “ordinaria” alle ordinanze contenenti norme di precetto che violino le riserve di legge, P. BONETTI, *op. ult. cit.* Sull'interpretazione restrittiva della nozione di “tutela della sicurezza urbana”, quale attività limitata alla prevenzione e repressione dei reati, cfr. le già citate C. cost. nn. 196/2009 e 226/2010.

¹⁶⁶ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, 305, nt. 115, che riconduce la novità proprio all'introduzione dell'elezione diretta dei sindaci (nonché dei presidenti di provincia e di regione), evidenziando il nesso tra proliferazione delle sedi decisionali legittimate elettivamente e l'affermazione di moduli di “democrazia immediata”. In un passo di poco precedente, lo stesso A. rileva (con riferimento al potere regolamentare, non a quello di ordinanza) come «la legalità (sia in senso formale che in senso sostanziale) non soltanto non è più richiesta dalla dogmatica dei diritti fondamentali ma neanche appare giustificata alla luce delle dinamiche interne alla forma di governo e/o del circuito della rappresentanza politica/responsabilità politica» (ivi, 304, nt. 113).

teri d'urgenza della pubblica amministrazione, è stato affermato che sarebbe la stessa Costituzione a fondare il potere d'ordinanza, laddove questo non fa altro che perseguire, in situazioni eccezionali, fini ordinariamente indicati dalle norme costituzionali (come la salute o la libertà e sicurezza dei cittadini, *ex artt.* 32 e 13 Cost.)¹⁶⁷.

Di questo – criticabile – approccio al potere d'ordinanza, occorre imputare una parte di responsabilità alla stessa giurisprudenza costituzionale, che nel passato ha discutibilmente legittimato la *diretta applicazione* della Costituzione da parte dei prefetti, nell'esercizio del loro potere d'ordinanza finalizzato a tutelare diritti fondamentali individuali messi in pericolo dall'esercizio di altri diritti costituzionalmente garantiti¹⁶⁸. Il caso deciso dalla sentenza n. 4/1977 della Corte era originato dall'uso del potere prefettizio al fine di precettare il personale ausiliario di alcuni istituti scolastici che era sceso in sciopero, con ciò palesemente invadendo la riserva di legge stabilita dall'art. 40 Cost. per i limiti al diritto di sciopero. Al di là del dubbio circa la natura relativa o assoluta della riserva di legge in questione, appare incontestabile che la Corte non si sia data la minima cura di verificare se i poteri prefettizi potessero intervenire in una materia coperta da riserva di legge, rispetto alla quale, tuttavia, nessuna legge esisteva¹⁶⁹.

La vicenda è esemplare anche per un altro motivo: il rilievo esplicito dato dalla Corte alla perdurante situazione di inerzia legislativa, quanto alla disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali¹⁷⁰. La logica che ispira la Corte è, ancora una volta, “congiunturale”, ma con questa decisione si dimostra che il modello della “sanzione dell'inerzia” non

¹⁶⁷ A. CARDONE, *Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo*, in P. CARETTI (cur.), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Torino 2007, 252 s., che, pur limitando il discorso ai poteri d'ordinanza del Governo, in termini generali afferma che «ogni qual volta la p.a. adotta un'ordinanza contingibile e urgente in mancanza di una previsione legislativa che ne disciplini criteri, contenuto e limiti, essa non fa altro che applicare direttamente la Costituzione al caso concreto, bilanciando le norme costituzionali eventualmente confliggenti». Cfr. le critiche di C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2009/2, 330 s.

¹⁶⁸ Cfr. C. cost. 4/1977, sull'art. 20 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, che attribuiva ai prefetti il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per motivi di sanità o di sicurezza pubblica (poteri, in qualche modo, oggi ereditati dai sindaci, posto che quella norma del 1934 è stata in parte assorbita dall'art. 38 della l. 142/1990 e quindi dall'art. 54 del Tuel).

¹⁶⁹ Cfr. P. POLACCO, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, 271, 278; L. CARLASSARE, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, *ivi*, 259 s.

¹⁷⁰ Sent. n. 4/1977, cit., punto 3: «nella perdurante assenza di nuova apposita normativa, i particolari limiti che all'esercizio del diritto di sciopero possono derivare dall'applicazione dell'art. 20 del T.U. comunale e provinciale del 1934 trovano il loro fondamento nell'art. 32 Cost.» (corsivi aggiunti).

sembra avere un unico senso di marcia, dell'immediata garanzia dei singoli, ma anche quello opposto, dell'immediata vincolatività dei doveri¹⁷¹. La dottrina giuslavorista, a tal proposito, ha parlato di una decisione della Corte che «ha il sapore di un ultimatum: mette in mora il legislatore, ma mette alle corde anche il sindacato»¹⁷². Con essa la Corte, sperimentata l'inadeguatezza dell'alleanza con il potere giudiziario quanto a regolamentazione para-legislativa dello sciopero, accetta l'alleanza con l'autorità prefettizia, la quale «agisce istituzionalmente per fronteggiare situazioni difficili con rozza efficacia, ma con la necessaria tempestività e duttilità; un'autorità che, sebbene priva di garanzie di reale democraticità, [alla Corte] tendeva spontaneamente la mano, dimostrandosi per ciò solo meritevole della sua fiducia»¹⁷³.

Tornando alle teorie miranti a fondare sull'applicazione immediata della Costituzione poteri normativi dell'esecutivo centrale e di quelli locali, occorre muovere loro due obiezioni: una, riguardo alla legittimazione democratica; l'altra, riguardo al controlimito della tutela giurisdizionale.

Della legittimazione democratica, il nuovo art. 54 Tuel e il relativo decreto ministeriale hanno abilmente sfruttato la portata simbolica (il Sindaco, quale rappresentante della collettività), per costruire un paradossale sistema che, anziché informarsi alla tanto declamata sussidiarietà (art. 118 Cost.), è imperniato sulla vecchia logica gerarchica della catena di comando Ministro-prefetti-sindaci¹⁷⁴. Il potere d'ordinanza, infatti, non viene esercitato dal Sindaco in quanto democratico rappresentante della comunità d'appartenenza, bensì «quale ufficiale del Governo» (secondo il vecchio e nuovo art. 54 Tuel), ossia come terminale del Ministro dell'interno, tanto che la novella legislativa conferma il previgente potere

¹⁷¹ Sottolinea il dato dell'inerzia legislativa, quale causa di giustificazione del potere di ordinanza dei prefetti, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986, 143 s., rilevando come ciò costituisca una di quelle situazioni *di fatto* che contribuisce a plasmare la fisionomia giuridica del potere in questione. Sembra pertanto chiara la logica simmetrica a quella dell'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali, in "sostituzione" di un legislatore inerte: anche i "doveri" possono godere della stessa legittimazione costituzionale "contingente", attraverso il *placet* concesso a poteri straordinari di autorità amministrative in deroga alle riserve di legge.

¹⁷² U. ROMAGNOLI, *Articolo 40*, cit., 318.

¹⁷³ *Ibidem*. Cfr., per la dottrina costituzionalistica, R. NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, Torino 1995, 49 s., secondo cui, nella perdurante inerzia del legislatore e dinanzi all'inefficacia dell'intervento del giudice penale, la Corte era quasi obbligata a una simile soluzione, la sola che desse qualche effettività al suo discorso sui limiti al diritto di sciopero precedentemente ancorati, tra l'altro, all'art. 2 Cost. (sent. n. 31/1969).

¹⁷⁴ Cfr. A. CORPACI, *op. cit.*, 466 ss.

sostitutivo del prefetto, in caso d'inerzia del sindaco¹⁷⁵. Con ciò, oltre a chiarire che le decisioni del Sindaco ben sarebbero fungibili con quelle del Prefetto, si tradisce la volontà di un utilizzo della normativa – primaria e secondaria – statale al fine di *uniformare* gli interventi sindacali a livello locale, dove i sindaci sembrano chiamati a svolgere il ruolo di terminali di una catena di comando¹⁷⁶.

Rispetto alla tutela giurisdizionale nei confronti di simili poteri pararnormativi, il limite di queste teorie sembra risiedere nell'improprio parallelo costruito tra uso diretto della Costituzione da parte del giudice e da parte della p.a. Come è stato ben evidenziato¹⁷⁷, i due fenomeni non possono essere confusi, innanzitutto perché la p.a. ha, sì, un vincolo costituzionale di *imparzialità*, ma tale imparzialità è strutturalmente diversa da quella del giudice¹⁷⁸. In secondo luogo, perché il diretto ricorso alle norme costituzionali da parte della p.a. rende praticamente assai arduo, se non impraticabile, un pieno sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi¹⁷⁹. E il fenomeno delle ordinanze vale, ancora una volta, a confermare simile rilievo¹⁸⁰. L'ancoraggio diretto alla Costituzione, in altre parole, non solo non risolve, ma forse aggrava il dilemma per cui, «(t)anto

¹⁷⁵ Art. 54, co. 11 (che rispetto alla norma previgente non prevede la nomina di Commissari *ad acta*, bensì l'adozione di provvedimenti sostitutivi direttamente dal Prefetto).

¹⁷⁶ Ma sull'ambigua commistione di ruoli del Sindaco, cfr. più approfonditamente P. BONETTI, *op. ult. cit.*, 1401 ss.; F. CORTESE, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*, in *Regioni*, 2010/1-2, 123 ss.

¹⁷⁷ Cfr. M. MAGRI, *op. cit.*, spec. 407.

¹⁷⁸ E l'uso "elettorale" delle politiche sulla sicurezza, inaugurate con le tanto famose "ordinanze dei Sindaci", è la migliore conferma della *non imparzialità*. Cfr. F. CORTESE, *op. loc. ult. cit.*

¹⁷⁹ Cfr. ancora M. MAGRI, *op. loc. ult. cit.*, giustamente scettico circa il potere del giudice di «ricostruire, senza incontrare alcun limite del proprio sindacato, l'iter logico e giuridico seguito dall'amministrazione nella propria decisione (discrezionale) di applicare direttamente la Costituzione». Cfr. anche P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità...*, cit., 203 ss., il quale, riferendosi alle decisioni additive di principio della Corte costituzionale rinviati alla immediata attuazione *anche* amministrativa del principio "aggiunto", osserva come simile tecnica decisoria della Corte rimandi a una peculiare nozione di azione amministrativa, connotata in termini di "legalità di risultato", poco compatibile con i vincoli della riserva di legge e del principio di legalità sostanziale.

¹⁸⁰ Cfr. TAR Lazio, sent. n. 12222, punto 5, cit., sull'ordinanza anti-prostituzione del Sindaco di Roma, giustificata invocando l'esigenza di *non sottovalutare gli effetti nocivi della prostituzione sulla collettività, coerentemente con l'intervento di riduzione del danno sociale da insicurezza che si attua, contemporaneamente con la negoziazione delle conflittualità connesse alla prostituzione e con i percorsi di sostegno a favore dei sex workers*. Motivazione che sembra muoversi sul piano della cognizione di merito, volta a integrare *ex post* l'obbligo di motivazione puntuale da parte del Sindaco: cfr. F. CORTESE, *op. loc. ult. cit.*

più ampi e generici saranno i poteri attribuiti, tanto minore sarà la possibilità di effettivo sindacato giurisdizionale»¹⁸¹.

7. *Conclusioni (provvisorie) sull'autoapplicabilità delle norme alla luce dei diritti*

Questo capitolo è stato dedicato alla “dottrina” della Corte costituzionale (e dei giudici comuni italiani) della tutela minima dei diritti fondamentali (o inviolabili), quale tecnica di autoapplicabilità che più scopertamente coniuga logiche “formali” (raggruppate sotto l’etichetta della “sanzionabilità dell’inerzia”, di cui al capitolo precedente) con logiche “sostanziali” (la tutela dei diritti quale legittimazione e filtro delle operazioni compiute sotto i protocolli dell’autoapplicabilità).

La tutela minima dei diritti è stata valutata attraverso un’analisi incrociata di ambiti dell’autoapplicabilità (tra uso giudiziario della Costituzione nei giudizi individuali e nei giudizi “competenziali” nei rapporti tra legislatore statale, Regioni e potere referendario) e attraverso una “decostruzione” del modello derivante dalla diretta applicabilità dell’art. 36 Cost. (che sembra postulare una sorta di “riserva di giurisdizione” ogniqualvolta la garanzia di minimi livelli di tutela lo imponga). Incrociando gli ambiti e decostruendo l’autoapplicabilità dell’art. 36 Cost., è emerso come l’approccio dei giudici e, specialmente, della Corte costituzionale al tema “autoapplicabilità dei diritti” sia alquanto più agnostico di come tende a presentarsi. La tutela minima bene si presta, infatti, a salvaguardare più che a erodere la discrezionalità del potere politico-legislativo. Difatti, la dottrina della tutela minima dei diritti, sorta nell’ambito della diretta applicazione giudiziaria della Costituzione, è transitata poi negli ambiti “competenziali” del diritto regionale e del referendum abrogativo, al fine di veicolare una preferenza della Corte costituzionale per l’attuazione legislativa (statale) dei diritti. In tali ambiti, la Corte sembra implicitamente diffidare della diretta applicabilità dei diritti costituzionali, ammettendo limitazioni all’intervento regionale e referendario fondate sull’esigenza di salvaguardare le scelte compiute, in tema di diritti, dal legislatore statale. La contraddizione tra questo approccio e quello mostrato dalla Corte nell’ambito dell’attuazione costituzionale da parte dei giudici appare componibile se si ricostruisce la dottrina della tutela mi-

¹⁸¹ L. CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, cit., 6 (in riferimento ai poteri regolamentari dell’esecutivo e al loro inadeguato confinamento da parte della legge). *Adde*, P. GIANGASPERO, *op. cit.*, 226 s. (secondo cui «la possibilità per l’amministrazione di desumere poteri direttamente dalle norme costituzionali rischierebbe di sminuire sensibilmente gli strumenti di tutela dei singoli nei confronti dell’attività amministrativa»).

nima come una tecnica di alleggerimento della responsabilità del giudice (Corte costituzionale e giudice comune). Questi tende, infatti, a ricorrere alla tutela minima *anche* per eludere complicati giudizi di analogia e/o scomodi sindacati di eguaglianza, evitando di manipolare la legislazione esistente nel modo che più garantirebbe una tutela *effettiva* ai diritti costituzionali carenti di implementazione legislativa¹⁸².

Nell'ultima parte del capitolo, si è spostata l'attenzione su un altro aspetto dell'autoapplicabilità delle norme costituzionali, quello della diretta applicabilità dei doveri (o, genericamente, delle posizioni soggettive di svantaggio). Questa parte della trattazione ha evidenziato la natura ambivalente del ricorso all'autoapplicabilità dei diritti inviolabili, i quali possono essere anche quelli risultanti dalla sommatoria di posizioni individuali sintetizzabili nelle formule "sicurezza e incolumità pubblica" o simili.

Il discorso, apparentemente eccentrico, si impernia sulla reversibilità della tutela minima dei diritti inviolabili, i quali possono immediatamente fondare (senza mediazione legislativa) obblighi o divieti in capo a coloro che pretendono esercitare diritti costituzionalmente fondati, spesso attraverso il passaggio della diretta applicazione della Costituzione da parte di poteri amministrativi (in spregio alla riserva di legge, quale garanzia costituzionale di molti diritti).

Da questo secondo tipo di intreccio (tutela minima dei diritti e diretta applicabilità dei doveri) emerge nuovamente un certo agnosticismo dei giudici e, specialmente, della Corte costituzionale. L'indagine sul campo svolta al § 6 è, invero, limitata e lo spunto ricostruttivo appare bisognoso di ulteriori conferme. Tuttavia, la svalutazione della riserva di legge nei casi di diretta applicabilità dei doveri (magari nell'accezione di poteri *extra ordinem* della p.a., costituzionalmente fondati) è indice della valenza "neutra" delle tecniche dell'autoapplicabilità e dell'assenza di un'aprioristica preferenza per le posizioni dei diritti individuali a danno delle esigenze della collettività (che possono essere anche quelle di controllo della spesa pubblica e della certezza finanziaria, nel caso dei diritti sociali). Lo spartiacque che può teoricamente tracciarsi tra autoapplica-

¹⁸² Così, rimandando agli esempi evidenziati sopra, si crea un diritto fondamentale all'abitazione per stemperare l'estensione alla famiglia di fatto di posizioni già riconosciute a quella legittima; una tutela minima delle minoranze linguistiche per sottrarsi al sindacato d'eguaglianza tra minoranze "superprotette" (di lingua tedesca nella Provincia di Bolzano) e minoranze "neglette" (sloveni nel Friuli-Venezia Giulia); una immediata precettività del diritto d'asilo per evitare di estendere con il sindacato d'eguaglianza, almeno parzialmente, le garanzie offerte ai rifugiati ai richiedenti asilo, ecc.

bilità “buona” (rimessa a organi giudiziari imparziali) e autoapplicabilità “cattiva” (rimessa a poteri politico-amministrativi fuori dalle garanzie della riserva di legge) vale solo in parte a mitigare l’aporìa.

Il punto in comune con la trattazione precedente e con la “falsa prospettiva” della dottrina sulla tutela minima è dato dal fatto che questa seconda tendenza giurisprudenziale (autoapplicabilità dei doveri/obblighi costituzionali) appare coerente con un’ispirazione di fondo “debole” dell’attuazione giudiziaria dei diritti. Se la tutela minima dei diritti può leggersi anche come tecnica di alleggerimento della tensione su certe norme costituzionali (lungamente) inattuata dal potere politico (evitare sindacati di eguaglianza che, in maniera pervasiva, manipolino discipline esistenti per rendere efficace la tutela di certi beni costituzionali), la diretta applicabilità dei doveri (ossia, dei diritti di una collettività normativamente disarticolati in concetti quali “sicurezza”, “incolumità”, “utilità sociale”, ecc.) vale allo stesso modo: il diritto di sciopero, privo di adeguata disciplina dei relativi limiti, trova riconoscimento a condizione che scattino efficaci contro-tutele a favore dei soggetti individuali ma indeterminati (gli utenti di un servizio pubblico colpiti dallo sciopero). E simili contro-tutele non stanno in capo a poteri di bilanciamento del giudice bensì in poteri di altri soggetti pubblici, dilatati al di là di quanto la norma di legge conferisca loro. Nessun “pregiudizio” a favore del solo giudice (quale diretto attuatore di diritti costituzionali), bensì un più agnostico approccio pragmatico della Corte (ma anche dei giudici comuni) a favore della diretta applicabilità di norme costituzionali da parte di autorità amministrative. Il prezzo più evidente, in tali casi, è quello della torsione subita dalla riserva di legge.

Potremmo concludere dicendo che la riserva di legge, in situazioni di inattuazione costituzionale (ma il discorso potrebbe estendersi a tematiche di diritto dell’U.E. o della CEDU, o del diritto internazionale pattizio e generale) rappresenta *un costo* in capo ad almeno due categorie contrapposte di soggetti. Il diritto di sciopero, *ex art. 40 Cost.*, si presta bene a spiegare il concetto. Ritenere che solo il legislatore possa porre limitazioni agli scioperanti e che al giudice spetti solo garantire il loro diritto costituzionale, produce un costo in capo a coloro che sono esposti agli effetti negativi dello sciopero (ad es. in quanto fruitori dei servizi pubblici). Ritenere, al contrario, che solo il legislatore possa garantire il diritto di sciopero (posti i delicati bilanciamenti che ciò comporta), trasforma la riserva di legge in un costo gravante solo sui titolari del diritto costituzionale di sciopero. L’inerzia legislativa finirebbe, così, per costituire una sorta di “privilegio” per coloro che pure, già secondo

Costituzione, sono astrattamente chiamati a sostenere i “costi” degli scioperi¹⁸³.

Lo schema sembra funzionare anche con diritti assai diversi tra loro, come potrebbe essere il diritto al rifiuto delle cure (art. 32 Cost.) se confrontato con quello di sciopero. Quando, nel campo delle terapie sanitarie, intervengono nuove tecnologie che permettono ai medici di rianimare dei soggetti gravemente malati, senza tuttavia garantire la possibilità di rientrare nel possesso di facoltà cerebrali (caso *Englaro*) o comunque di facoltà fisiche tali da permettere il rifiuto delle cure salvavita (caso *Welby*), il diritto al rifiuto di tali cure “terminali” assume connotati inediti, bisognosi di nuovi punti fermi, anche da parte della normazione statale. Tuttavia, appellarsi in simili frangenti alla riserva di legge determina comunque dei costi (nell'impostazione cara ad alcune forze politiche e sociali, per le quali solo il legislatore potrebbe garantire il diritto al rifiuto delle cure salvavita, si viene infatti a “privilegiare” la posizione del medico, attraverso una sua *totale* deresponsabilizzazione giuridica e l'impossibilità di esercitare nei suoi confronti il contrapposto diritto del paziente al “consenso informato”).

Il dilemma dei costi prodotti da una mancata implementazione legislativa di beni e interessi costituzionali viene normalmente eluso o stemperato mediante un bilanciamento imperfetto operato dal giudice comune (in connessione con la Corte costituzionale) o dalla p.a. sotto il controllo del giudice. Anticipando la ricostruzione conclusiva che si tenterà nel prossimo capitolo, l'autoapplicabilità dei diritti si presenta, in questi termini, quale “onere” di bilanciamento in capo al giudice. Se il giudice vuole dar vita a una dottrina coerente dell'autoapplicabilità delle norme (nei più disparati settori in cui tale evenienza emerge), esso deve accedere a una delicata opera di bilanciamento tra beni contrapposti, più delicata del mero “accertamento tecnico” della natura autoapplicativa o meno di un atto e/o di sue disposizioni.

Si potrebbe sostenere, però, che l'autoapplicabilità stessa è una mera *opzione*, ben potendo il giudice affermare il proprio *self restraint*. Il che, come si è cercato di evidenziare sopra, non è tuttavia una soluzione accettabile, posto che *anche* la scelta per la non autoapplicabilità produce dei costi. Anche questa seconda opzione, cioè, implica una delicata opera di bilanciamento (l'esempio del diritto di sciopero è eloquente), che appare scorretto addossare sulla sola responsabilità politica del legislatore. Una recente e importante decisione della Corte EDU in materia di diritti

¹⁸³ Potendosi instaurare, a tal proposito, un nesso tra art. 40 Cost. e art. 2 Cost. (dovere di solidarietà finalizzato a permettere l'esercizio di sciopero).

sindacali evidenzia bene il punto, laddove viene rimproverato al giudice nazionale di aver annullato dei contratti collettivi sul solo presupposto della natura non autoapplicativa della norma di principio (convenzione OIL, ratificata dallo Stato con legge) volta a tutelare i diritti sindacali dei ricorrenti. Per la Corte EDU, simile motivazione maschera un mancato bilanciamento tra interessi dei ricorrenti e interessi dello Stato¹⁸⁴.

Una logica di questo tipo potremmo applicarla alla nota giurisprudenza della Corte di giustizia sul risarcimento per mancata attuazione delle direttive dell'UE (dottrina *Francovich*), quale tentativo di rimediare a quel bilanciamento imperfetto che si crea quando la violazione di obblighi di risultato finalizzati a garantire diritti individuali non conduce ad altra sanzione che a quella "politica" dell'accertata ma non surrogabile inerzia del legislatore statale¹⁸⁵. Aniché scaricare sui soli soggetti colpiti dall'inerzia statale i costi dell'inattuazione delle direttive (o del diritto dell'UE, *tout court*), la risarcibilità del danno subito da questi ultimi

¹⁸⁴ Cfr. Grande Camera della Corte EDU, caso *Demir c. Turchia* del 2008. Il caso ha come antecedente la ratifica con legge da parte della Turchia della Convenzione OIL n. 87 (sul diritto dei dipendenti pubblici di dar vita a sindacati) avvenuta nel 1993, cui è seguita una ritardata attuazione legislativa di dettaglio (solo nel 2001). I contratti collettivi siglati prima del 2001 da parte di un sindacato di funzionari comunali finivano dinanzi al giudice di merito, che riconosceva la diretta applicabilità di simile diritto alla contrattazione collettiva. Il che, tuttavia, veniva smentito dalla Cassazione turca, la quale, con un'interpretazione «restrittiva e formalista» (§ 125), annullava retroattivamente i contratti collettivi. La Corte EDU, da parte sua, ricostruiva l'esistenza del diritto alla contrattazione collettiva quale espressione del *nucleo essenziale* del diritto a costituire sindacati e a parteciparvi (art. 11 CEDU), per poi affermare che l'omissione da parte della Turchia di una implementazione legislativa di simile diritto (*assieme con la decisione della Cassazione di smentire la diretta applicabilità della Convenzione OIL*) equivalgono a una *ingerenza* contro i diritti sindacali dei ricorrenti sanciti dall'art. 11 CEDU. Quanto alla legittimità dell'ingerenza, ammessa l'astratta necessità di predisporre una disciplina legislativa di dettaglio che salvaguardasse la certezza del diritto («l'ordine», § 161), la Corte ritiene sproporzionata la reazione dell'ordinamento turco (annullamento retroattivo dei contratti collettivi), in quanto fondata esclusivamente sulla «lacuna legislativa causata dal ritardo del legislatore» (§ 167). La Corte, riecheggiando la giurisprudenza comunitaria sugli effetti diretti delle direttive, rifiuta che uno Stato possa giustificarsi invocando la propria inerzia. Essa aggiunge che stava al Governo convenuto dimostrare l'esistenza di circostanze particolari che impedissero ai dipendenti comunali in questione di ricorrere alla contrattazione collettiva (§ 168). Ma la vera censura è diretta alla Cassazione turca, colpevole di essersi fatta schermo dell'omissione legislativa per evitare di svolgere una valutazione in concreto delle circostanze del caso, al fine di indagare se «un giusto equilibrio era stato raggiunto tra gli interessi dei ricorrenti e quelli dell'amministrazione» (§ 125). Come si vede, la vigilanza della CEDU sugli ordinamenti nazionali (e sui loro giudici) finisce per *istituzionalizzare* l'onere di bilanciamento tratteggiato nel testo.

¹⁸⁵ Si è già ricordato come la sentenza nel caso *Francovich e a.*, del 19 novembre 1991, C-6 e 9/90, cit., era stata preceduta da una condanna dell'Italia in esito a una procedura d'infrazione: cfr. *supra*, Cap. II, § 3.2.

comporta un esborso statale e con esso una solidarietà indiretta di tutta la collettività¹⁸⁶.

Come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, alle osservazioni fatte sulla costosità di qualsiasi opzione, sia essa per l'autoapplicabilità o la non autoapplicabilità delle norme, va ad aggiungersi la variabile del dialogo con il "canale della politica". Si tratta dell'osservazione per cui, in sistemi ove il giudice può astrattamente contare su una "sponda politica" in grado di reagire al bilanciamento operato in sede giurisdizionale con uno operato in sede legislativa, si daranno degli *incentivi* a favore dell'autoapplicabilità. Al contrario, il giudice privato di un adeguato interlocutore politico tende (o dovrebbe tendere) a limitare il grado di autoapplicabilità delle norme "di principio" del proprio sistema normativo.

¹⁸⁶ In termini più aderenti alla logica dell'integrazione economica, la dottrina *Franco-vich* si spiega come disincentivo agli Stati e al possibile sfruttamento di vantaggi competitivi derivanti dall'inosservanza del diritto dell'UE (evitando di imporre, ad es., costi assicurativi alle proprie imprese): cfr. S. WEATHERILL, *Addressing Problems of Imbalanced Implementation in EC Law: Remedies in an Institutional Perspective*, in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE, *The Future of Remedies in Europe*, Oxford 2000, 99 ss., in cui si lamenta anche la scarsa effettività della dottrina *Franco-vich*.

CAPITOLO QUARTO

L'AUTOAPPLICABILITÀ COME BILANCIAMENTO

SOMMARIO: 1. Il difficile equilibrio tra effettività e legittimità di un sistema “esterno”. – 1.1. Il diritto UE e la dottrina della Corte di giustizia sui diritti fondamentali. – 1.2. La “nuova” CEDU tra esigenze di effettività e flessibilità. – 1.3. L'OMC in cerca di legittimazione. – 1.4. L'Autoapplicabilità come “valvola regolatrice”: un confronto tra il trattamento dell'OMC da parte della Corte di giustizia e della CEDU da parte della Corte costituzionale. – 2. Efficacia e legittimità nel sistema di relazioni Stato-Regioni e legislatore-potere referendario. – 3. Efficacia e legittimità nell'autoapplicabilità dei diritti costituzionali: 3.1. Tutela minima dei diritti inviolabili e risarcimento del danno non patrimoniale. – 3.2. Il ruolo delle relazioni industriali nell'autoapplicabilità degli articoli 36 e 40 Cost. – 3.3. Un caso paradigmatico di autoapplicabilità come bilanciamento: l'accessione invertita a favore della p.a. – 4. La variabile del canale di dialogo con il sistema politico. – 4.1. Il caso delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle N.U. dinanzi alle Corti europee. – 4.2. L'OMC quale sede di decisione politico-legislativa sovranazionale? – 4.3. La Corte di giustizia prende in ostaggio i diritti sindacali? – 4.4. Canale politico e CEDU: diritto internazionale pattizio e standard maggioritari di tutela dei diritti. – 4.5. Le potenzialità del canale politico riguardo agli ambiti “competenziali” del diritto regionale e del referendum.

1. *Il difficile equilibrio tra effettività e legittimità di un sistema “esterno”*

Gli ambiti dell'autoapplicabilità analizzati fin qui sottendono una logica binaria, posto che oscillano tra un elemento formale (la logica “rimediale” o “sanzionatoria”) e un elemento sostanziale (la logica della legittimazione del complessivo sistema, spesso formulabile in termini di *tutela dei diritti fondamentali*). Si è mostrato come tali elementi siano profondamente intrecciati. Quello che si intende fare ora è studiare l'intreccio dell'elemento rimediale con quello sostanziale sotto il profilo dei *rapporti* tra sistemi normativi e della loro gestione da parte delle Corti (costituzionale, dell'UE, Cedu). Si tratta di decostruire alcune tecniche giurisprudenziali (incentrate sugli argomenti formali della natura autoapplicativa o meno di atti ed enunciati normativi) e ricostruirle attorno al concetto di “bilanciamento” tra sistemi normativi. Con simili tecniche, cioè, le Corti mirano a conciliare le diverse esigenze di sistemi normativi

distinti ma integrati. In quest'ottica, il termine "bilanciamento" non va inteso nel senso più tradizionale, di tecnica volta a rendere compatibili due o più beni di un unico sistema normativo (quale può essere quello costituzionale) che si trovano in situazione di concorrenza o conflitto all'interno di un determinato quadro disciplinare (come, ad es., l'esigenza di efficace repressione dei reati e la tutela della privacy, in conflitto potenziale all'interno di qualsiasi ipotesi di ricorso alle intercettazioni telefoniche degli indagati). Per "bilanciamento tra sistemi" deve intendersi quella tecnica o insieme di tecniche con cui le Corti cercano di rendere compatibili le esigenze di fondo di due sistemi normativi relativamente compiuti ma interrelazionati¹.

Con estrema semplificazione, potremmo dire che quando un sistema (con pretese di relativa compiutezza) *non* trova al suo interno sanzioni adeguate alla violazione delle proprie regole, esso ricorre a rimedi ulteriori (in qualche caso, a sanzioni tipiche di *altri* sistemi). Ne deriva un'alterazione della fisionomia originaria del sistema stesso, che viene rimodellata nel senso di un potenziamento dell'effettività – globalmente intesa – delle regole da esso prodotte o su cui esso si fonda. Con riguardo, per esempio, al fenomeno di norme internazionali cui vengono riconosciuti effetti diretti sul piano interno, si è parlato di "prestito" di un surplus di efficacia da parte dell'ordinamento interno a favore di quello internazionale². Il che – normalmente – fa accendere la lampadina d'allarme sulla legittimazione del sistema la cui effettività si rafforza (legittimazione che, in presenza di scarsa o nulla effettività, non viene messa in discussione). Si viene a creare, così, una tensione – e con essa la necessità di un equilibrio – tra *effettività* e *legittimità* di un sistema normativo. Le tecniche giurisprudenziali volte a potenziare l'autoapplicabilità, in altre parole, segnano il passaggio da un sistema *inefficace* (e perciò "indifferente" agli altri sistemi, quanto a legittimazione intrinseca), a un sistema "troppo" efficace (rispetto alla legittimazione che esso può esibire). Si pensi, per tornare all'esempio offerto nella prima nota di questo libro, a un obbligo internazionale di sanzionare penalmente una determinata fattispecie, cui il giudice nazionale voglia dare immediata efficacia interna pur in assenza di una legge incriminatrice. La norma internazionale pattizia (sull'abolizione della schiavitù) da "ineffettiva" che era (perché deboli o assenti si

¹ Per uno spunto affine, cfr. A. RUGGERI, *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, 4.

² J.P. TRACHTMAN, *Constitutional Economics of the World Trade Organization*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York 2009, 222 s.

sono rivelate le sanzioni internazionali contro gli Stati inadempienti) di viene così effettiva da andare a cozzare con il principio costituzionale interno della legalità dei reati e delle pene³.

La conferma di un simile modello ricostruttivo la si riceve guardando al fenomeno speculare a quello appena illustrato. Si tratta di quei casi in cui il giudice (specie la Corte costituzionale e le Corti UE ed EDU) evita di mettere alla prova la “legittimazione” di un sistema “esterno” proprio ricorrendo agli argomenti dell’autoapplicabilità delle norme, al fine di pervenire a un giudizio negativo, ossia di non autoapplicabilità di un determinato atto/disposizione. È proprio la *non autoapplicabilità* che permette al giudice di evitare il confronto-scontro tra principi e beni di un sistema esterno con quelli del sistema costituzionale interno. La strategia della non autoapplicabilità è stata seguita, ad es., dalla nostra Corte costituzionale in alcuni casi involgenti norme internazionali pattizie, la cui diretta applicabilità interna avrebbe fatto sorgere un potenziale contrasto con norme costituzionali⁴. Analoga strategia è stata (in parte) seguita dalla Corte di giustizia rispetto alle note risoluzioni anti-terrorismo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, la cui vincolatività all’interno dell’ordinamento UE è stata smorzata *anche* al fine di evitare un sindacato diretto sulla loro legittimità⁵. E potremmo rinvenire

³ La legge d’esecuzione della Convenzione sull’abolizione della schiavitù risulterebbe, in altre parole, di dubbia costituzionalità laddove fosse interpretata come capace di introdurre un nuovo reato senza adeguata delimitazione della fattispecie penale.

⁴ Cfr., per tutti, il noto caso *Priebke*, sul potere discrezionale del Ministro di concedere l’extradizione di un cittadino straniero nonostante questi si trovi già soggetto a procedimento penale in Italia per il medesimo fatto. Tale potere (riconosciuto dalla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, resa esecutiva con l. n. 300/1963) avrebbe compromesso i diritti costituzionali di difesa, della garanzia del giudice naturale e il principio dell’irretrattabilità dell’azione penale. L’operazione della Corte (sent. n. 58/1997) fu quella di rinvenire nella norma internazionale la previsione di una *mera facoltà* per gli Stati di optare per la soluzione contestata e non l’obbligo (ossia leggendo la formula “gli Stati possono concedere l’extradizione anche in pendenza di procedimento penale interno” come norma puramente internazionale diretta al solo Stato persona e al suo potere legislativo, anziché come norma introdotta nell’ordinamento interno con l’ordine di esecuzione, cosa che avrebbe comportato il diverso significato secondo cui le autorità statali – per esse il Ministro della giustizia – *devono poter scegliere*, caso per caso, se estradare o meno l’indagato, *anche* in presenza di un procedimento penale per lo stesso fatto). Cfr. le opposte letture date al caso da E. CANNIZZARO, *Sugli effetti interni di convenzioni internazionali di estradizione che pongono facoltà*, in *Giur. cost.*, 1997, 2003 ss. (che critica la decisione come esempio di rigido dualismo) e da S. AMADEO, *I trattati internazionali...*, cit., 72 ss.

⁵ Cfr. il caso *Kadi* (decisione del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e 415/05 P), dove al § 298 la Corte osserva che la Carta delle N.U. lascia agli Stati membri *la scelta sul come trasporre* nel proprio ordinamento le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (ossia: tali risoluzioni, non essendo autoapplicative, non pongono neppure questioni di violazione dei principi fondamentali dell’UE, quali sono i diritti fondamentali degli individui colpiti dalle

un approccio simile anche nel trattamento riservato dalla nostra Corte costituzionale alle decisioni quadro dell'UE nell'ambito della giustizia penale, laddove tali atti sono stati ritenuti dalla Corte come non autoapplicativi più per prudenziale politica del diritto che per rigorosa logica interpretativa⁶. In tal modo la Corte esclude la diretta applicabilità delle decisioni quadro in capo ai giudici comuni in materie così sensibili come quella penale, ove è preferibile mantenere un controllo accentrato sugli eventuali contrasti tra norme dell'Unione e norme interne⁷. Un simile "protocollo" permette alla Corte costituzionale anche l'eventuale vaglio della legittimità costituzionale della decisione quadro o comunque l'elusione di conflitti costituzionali magari proprio invocando la mancanza di effetti diretti dell'atto UE⁸.

Il rischio che il sistema esterno venga messo in discussione nella sua legittimazione intrinseca è, in simili casi, scongiurato mediante il depotenziamento dell'efficacia del sistema in questione. *Tanto minore è l'efficacia, tanto minore o inesistente è l'indagine sulla legittimità, globalmente intesa, di un sistema.* In questi termini può essere letto anche il rifiuto della Corte di giustizia di riconoscere effetti diretti alle norme dell'OMC (analizzato sopra, al Cap. II, § 4), posto che ciò permette al giudice dell'UE di evitare uno scomodo sindacato di costituzionalità "comunitaria" su tali norme, analogamente a quanto si è visto per le Risoluzioni delle Nazioni Unite⁹. A parti invertite può leggersi così anche la prima decisione della Cassazione sulla natura programmatica e non precettiva dell'art. 25, co. 2, Cost. e del vincolo d'irretroattività per le norme penali sfavorevoli¹⁰. La norma di legge indubbiata era, come noto, la criminaliz-

sanzioni economiche in esse previste, diversamente da quanto avviene per opera dei regolamenti CE diretti a trasporle). Cfr. G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working-Paper, No 01/09, 57 s. (che critica la Corte per non aver adeguatamente sviluppato questo argomento, il quale meglio avrebbe armonizzato l'interesse al rispetto e alla valorizzazione dei vincoli internazionali da parte dell'UE con il dovere di rispettare i diritti fondamentali individuali, quali principi "costituzionali" dell'ordinamento dell'Unione). Cfr. anche M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: on the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World?...*, cit., 288.

⁶ Cfr. C. cost. n. 227/2010 (sul mandato d'arresto europeo), analizzata al Cap. II, § 1.3.

⁷ Si è già accennato al Cap. II come la materia fosse quella della *cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale* (ex "terzo pilastro" dell'UE, oggi "comunitarizzato": Capi 4 e 5 del Titolo IV della Parte III del TFUE). Ne deriva che le disposizioni nel passato adottate con decisione quadro saranno nel futuro adottate con direttiva (art. 82 TFUE), come ricordato dalla stessa C. cost. n. 227/2010, punto 5.

⁸ Cfr. C. cost. n. 227/2010, punto 7.1 (nonché l'analisi che ne fa R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo...* cit.).

⁹ Ma cfr. l'analisi che verrà svolta ai §§ 1.3 e 1.4.

¹⁰ S.U. pen., 7 febbraio 1948, cit. *supra*, Cap. I, § 1.2.

zazione a posteriori di determinati atti commessi dai collaborazionisti delle forze di occupazione tedesche dopo l'otto settembre 1943. Nel momento storico-politico in cui la questione sorgeva, potremmo dire che la strategia della Cassazione (stemperare il contrasto ricorrendo al concetto di non autoapplicabilità) valeva a non mettere subito in discussione la "legittimazione" della neonata Costituzione, in termini di sua intrinseca coerenza. Sarebbe stato paradossale, infatti, che l'atto costituzionale con cui si instaurava un ordinamento antitetico a quello fascista potesse determinare l'annullamento delle norme da poco varate *proprio* per segnare la discontinuità con il passato regime¹¹.

Come meglio si illustrerà, la risposta al potenziarsi dell'efficacia di un determinato sistema può essere duplice: essa può venire da quel sistema che "subisce" l'accrescimento di effettività del primo (vedasi per tutti l'esempio della teoria dei controlimiti al diritto comunitario fatta propria dalla Corte costituzionale); ma la risposta può venire dallo stesso sistema "potenziato", il quale, adeguatamente stimolato dal o dai sistemi "concorrenti", reagisce producendo al suo interno delle tecniche di bilanciamento della propria effettività con altri valori (la dottrina della Corte di giustizia sulla tutela dei diritti fondamentali, quali principi generali dell'ordinamento comunitario, ad es.).

Si tratta di una tensione permanente e di un equilibrio (necessariamente) instabile. La tensione è permanente (e l'equilibrio instabile) nella misura in cui *anche* le tecniche miranti alla non-autoapplicabilità tendono a produrre (in modo meno visibile, forse) sperequazioni e carenze di legittimazione del sistema volta a volta analizzato.

1.1. *Il diritto UE e la dottrina della Corte di giustizia sui diritti fondamentali*

Il modello di riferimento è, come anticipato, quello del diritto dell'UE, in cui, dopo la costruzione della dottrina degli effetti diretti e della

¹¹ Come del resto alcune voci dottrinarie dell'epoca si espressero, a giustificare l'interpretazione costituzionale della Cassazione: riferimenti in S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, cit., 46. Vicende in qualche modo analoghe hanno caratterizzato di recente gli ordinamenti di molti stati europei dell'ex blocco sovietico, le cui Corti costituzionali si sono trovate alle prese con norme per certi versi illiberali volte a colpire i vertici delle burocrazie statali e/o partitiche dei precedenti regimi comunisti: cfr. M.S. ELLIS, *Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, 1996, 181 ss.; D. KOSAŘ, *Lustration and Lapse of Time: 'Dealing with the past' in the Czech Republic*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2008/4, 482 ss. Per la giurisprudenza CEDU, cfr. i casi *Matyjek c. Polonia*, del 24 aprile 2007; *Adamsons c. Lettonia*, del 24 giugno 2008; *Rasmussen c. Polonia*, del 28 aprile 2009; *Wrona c. Polonia*, del 5 gennaio 2010.

“primazia” da parte della Corte di giustizia, vi fu la nota reazione della Corte costituzionale tedesca (e in parte anche di quella italiana) quanto alla carenza di tutela dei diritti costituzionali inviolabili che si trovassero a “competere” con le libertà del mercato. Un diritto “monodimensionale” – intrinsecamente diverso dallo spirito pluralista di una costituzione democratica – non può, per questa stessa ragione, pretendere incondizionata priorità su ogni norma interna contrastante, finanche sulle norme di rango costituzionale¹². La controreazione della Corte di giustizia non si fece attendere e consistette, appunto, nella dottrina dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario, derivati dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU, sul cui rispetto la Corte di giustizia – e non altri – avrebbe vigilato¹³. Con il che, il sistema acquisì un suo equilibrio

¹² BverfGE 37, 271 (1974) (*Solange I*). Per la Corte costituzionale italiana, cfr., in particolare, le sentt. nn. 183/1973, 232/89, 168/91. In dottrina, cfr., anche per ulteriori riferimenti, F. SALMONI, *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia CE e la tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, Torino 2003, 313 ss.; A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1493. Per un'analisi comparata degli ordinamenti degli Stati membri, cfr. A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, ivi, 2004, 1309 ss.; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen 2010.

¹³ Cfr. la sent. 12 novembre 1969, causa 29/69 (*Stauder*); sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*); ecc. (cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit., 128 ss.). Dopo il consolidarsi di simile prassi sulla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, rispose, a distanza di anni, il giudice costituzionale tedesco, con l'affermazione che non avrebbe svolto in via ordinaria un sindacato di costituzionalità sul diritto comunitario *fintanto che* la Corte di giustizia avesse continuato a garantire una tutela dei diritti fondamentali *equivalente*: BverfGE 73, 339 (1986) (*Solange II*). L'appeasement del giudice costituzionale tedesco nella *Solange II* è stato ribadito nella decisione del 2000, sulla vicenda della contrarietà con gli Accordi OMC dei dazi comunitari sull'importazione di banane da Paesi non africani: BverfGE 102, 147 (2000), su cui cfr. G. ITZCOVICH, *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di Giustizia nella "guerra delle banane"*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2004, 401 ss. La funzione di vigilanza sul rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'UE è stata ribadita nella decisione sul Trattato di Lisbona (BVerfG, 2 BvE 2/08 et al., del 30 giugno 2009): cfr. P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.*, 2010/1, 82 s. Funzionalmente omologa alla dottrina *solange*, la dottrina c.d. “dei controlimiti” formulata dalla nostra Corte costituzionale (sentt. nn. 170/1984 e 232/1989). Cfr., tra i molti, M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict, constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty*, in *Eur. Law Journ.*, 2005, 294 s.; E.-U. PETERSMANN, *Do Judges Meet their Constitutional Obligation to Settle Disputes in Conformity with 'Principles of Justice and International Law'?*, in *EJLS*, 2007/2, 22 ss.; J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in *Id.*, *Ruling the World?...*, cit., 15 ss.; G. MARTINICO, F. FONTANELLI, *The Hidden Dialogue: When Judicial Competitors Collaborate*, in *Global Jurist*, 2008/3 (in cui si riporta, quale esempio della “tecnica di dialogo” tra Corti, anche la sentenza della Corte EDU nel caso *Bosphorus Airways c. Irlanda*, del 7 luglio 2005, su cui cfr. *infra*).

tra effettività e legittimità¹⁴. Ma l'equilibrio non è un'acquisizione "irretrattabile" e, negli anni recenti, esso appare instabile e bisognoso di nuovi aggiustamenti, soprattutto a causa dell'allargamento dell'UE e dell'aumento delle sue competenze, da cui deriva un incremento del rischio di conflitti interordinamentali¹⁵. Gli aggiustamenti dell'equilibrio vengono solitamente proposti in termini di "dialogo tra Corti", affinché i giudici nazionali (specie quelli *costituzionali*) incanalino attraverso il rinvio pregiudiziale le esigenze poste dalle proprie irrinunciabili identità costituzionali, in modo da influenzare "costituzionalmente" i bilanciamenti svolti dalla Corte di giustizia, che a sua volta dovrebbe tener conto delle esigenze costituzionali nazionali in modo trasparente e argomentato¹⁶.

¹⁴ Si ponga mente a come, anche con riguardo alla tanto contestata decisione della Corte di giustizia nel caso *Viking*, in materia di ostacoli al diritto di stabilimento causati dallo sciopero (C-438/05, 11 dicembre 2007), vi fu una reazione ufficialmente positiva da parte delle stesse organizzazioni sindacali europee, se non altro per l'esplicito riconoscimento del diritto di sciopero quale *diritto fondamentale* vigente come principio generale del diritto comunitario la cui osservanza è garantita dalla Corte (diritto fondamentale che, a determinate condizioni, può dunque limitare la libertà di stabilimento, *ex art. 43* del previgente TCE): cfr. il comunicato stampa della European Union Confederation dell'11 dicembre 2007, cit. da C. JOERGES, F. RÖDL, *Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *Eur. Law Journ.*, 2009/1, 11, nt. 49. Da ricordare che, all'epoca della sentenza *Viking* non era ancora entrato in vigore il Trattato di Lisbona e non era, dunque, ancora giuridicamente vincolante la Carta dei diritti fondamentali dell'UE (che, all'art. 28, riconosce il diritto di sciopero).

¹⁵ Cfr. F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, 370 ss.; J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., 61 e 212; M. KUMM, *op. ult. cit.*, 293. Proprio con riguardo all'eventuale "sforamento" delle competenze attribuite da parte del diritto dell'UE, il giudice costituzionale tedesco ha recentemente fissato e applicato un test ispirato a ragionevole prudenza e rispetto per il ruolo della Corte di giustizia: cfr. la decisione in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha affermato di dover esercitare tale sindacato "*europarechtsfreundlich*", limitando il proprio intervento a casi di «violazione sufficientemente qualificata», ossia nei soli casi in cui la violazione della competenza sia manifesta e in cui l'atto dell'UE determini uno spostamento «strutturalmente significativo nell'assetto delle competenze a svantaggio degli Stati membri» (BVerfG, 2 BvR 2661/06 del 6 luglio 2010, su cui cfr. R. CAPONI, *Il Mangold Urteil: l'europeismo della Corte tedesca ed i suoi limiti*, in *Quad. cost.*, 2010/4, 860 ss.; P. FARAGUNA, *Il Mangold Urteil: controllo ultra vires ma da maneggiare* "europarechtsfreundlich", *ivi*, 863 ss.).

¹⁶ Cfr. F. DONATI, *op. cit.*, 294 ss.; M. CARTABIA, "Taking Dialogue Seriously". *The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, *Jean Monnet Working Paper* 12/07, 35 ss.; M. KUMM, *op. ult. cit.*, 301 ss.; G. ITZCOVICH, *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: The Federfarma Case* (2008), *Jean Monnet Working Paper* 12/08; G. MARTINICO, F. FONTANELLI, *The Hidden Dialogue...*, cit.; G. MARTINICO, *L'integrazione silente...*, cit., 201 ss.; A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee...*, cit., 9. Assai scettico sulla prospettiva del "dialogo" tra Corti, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico...*, cit., 1664 ss. Può essere letta nei termini di favorire il "dialogo tra corti" anche la decisione – citata alla nota prec. – della Corte costituzionale tedesca sul controllo *ultra vires* degli atti dell'UE (*Mangold Urteil*, cit., § 60): finché non vi sia stata occasione per la Corte di giu-

Quello che appare abbastanza chiaro, tuttavia, è che l'elemento dell'*effettività* risulta ancora intrinseco all'ordinamento dell'UE e imprescindibile rispetto al tipo di obiettivi che esso si pone (la costruzione e il mantenimento del mercato unico, che presuppone una *efficace* attività di regolazione sovranazionale, almeno in certi settori)¹⁷.

1.2. La "nuova" CEDU tra esigenze di *effettività* e *flessibilità*

In maniera meno appariscente, il modello è invero anche dal sistema CEDU. Fintanto che la CEDU è rimasta in una condizione di semi-latenza, non si sono mai posti grossi problemi di legittimazione del sistema europeo di tutela dei diritti. Le cose sono radicalmente mutate a partire dall'incremento quantitativo della giurisprudenza CEDU e dalla sua accresciuta incisività¹⁸. Le cose sono cambiate, cioè, da quando il sistema ha iniziato a divenire *effettivo*.

Alla conquista di *effettività* della CEDU nei confronti degli ordinamenti nazionali ha fatto seguito la reazione di questi ultimi, proprio nel senso di intraprendere un vaglio critico sulla *legittimità* del sistema CEDU. Ancora una volta, paradigmatiche risultano le giurisprudenze del Tribunale costituzionale tedesco e della nostra Corte costituzionale. Ad aprire le danze è stato il primo, affermando che l'interpretazione del diritto interno deve essere svolta dai giudici comuni in conformità non solo con la CEDU ma anche con l'applicazione che ne fa la Corte EDU, specie in quei casi in cui l'interpretazione conforme è il possibile mezzo con cui raggiungere gli obblighi di risultato imposti da una sentenza di condanna della Corte europea nei confronti del proprio ordinamento. Tuttavia, simile obbligo d'interpretazione conforme non può essere indiscri-

stizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione o la validità dell'atto asseritamente lesivo delle competenze degli Stati, non vi potrà essere la decisione del giudice costituzionale volta a paralizzare l'applicabilità interna dell'atto UE: cfr. ancora R. CAPONI, *op. cit.*; P. FARAGUNA, *op. cit.*

¹⁷ Cfr. M. KUMM, *op. ult. cit.*, 278 e 298, nt. 94; A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say...*, cit., 409 s.; M. DANI, *Constitutionalism and Dissonances: Has Europe Paid Off Its Debt to Functionalism?*, in *Eur. Law Journ.*, 2009/3, 324 ss. Nello stesso *Mangold Urteil* citato alle note precedenti, il giudice costituzionale tedesco ha riconosciuto che «se ogni Stato membro si arrogasse il diritto di pronunciarsi, attraverso le proprie autorità giurisdizionali, sulla validità degli atti dell'UE, il primato del diritto dell'Unione potrebbe venire praticamente vanificato e la sua uniforme applicazione sarebbe pregiudicata», sia pur bilanciando tale affermazione con l'esigenza di riservare agli Stati la potestà di sindacare, in casi estremi, lo sfioramento delle competenze dell'Unione (§ 57): cfr. P. FARAGUNA, *op. cit.*, 865 s.

¹⁸ Incisività perseguita dalla Corte con il pieno sostegno del Comitato dei ministri nella sua opera di supervisione dell'esecuzione delle sentenze di condanna da parte dei singoli Stati responsabili delle violazioni (cfr. E. LAMBERT ABDELGAWAD, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, cit., 49 ss.; H. KELLER, A. STONE SWEET (cur.), *A Europe of Rights...*, cit., 9 e 11).

minato, ma deve armonizzarsi con i valori tutelati dalla Costituzione tedesca¹⁹.

In parziale analogia con quanto affermato dal giudice costituzionale tedesco, la nostra Corte costituzionale ha sostenuto la non praticabilità di un'incondizionata prevalenza del diritto (giurisprudenziale) CEDU su quello interno, posta la necessità di bilanciare i beni garantiti dalla Convenzione con altri beni altrettanto se non maggiormente garantiti, quali quelli sanciti dalla Costituzione italiana²⁰. L'assonanza con la narrazione già vista nel diritto comunitario la si coglie, in modo particolare, nella recente sentenza in cui la nostra Corte, parlando del confronto tra garanzia interna e garanzia CEDU dei diritti, ha affermato 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. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali... si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea»²¹.

A leggerlo con un pizzico di malizia, il passo sembra dirci che la giurisprudenza della Corte EDU va considerata con una certa diffidenza, posto che a Strasburgo *non* si fanno bilanciamenti tra diritti, ma si guarda solo alla unilaterale tutela del diritto volta a volta invocato²². Più concretamente, potrebbe interpretarsi il passo citato come una sorta di monito alla Corte EDU, con il quale la nostra Corte afferma il potere/dovere di verificare l'adeguatezza dei bilanciamenti operati dai giudici di Strasburgo nei singoli casi relativi all'Italia²³.

¹⁹ Cfr. la decisione del Bundesverfassungsgericht del 14 ottobre 2004, 2 BvR 1481/04, caso *Görgülü*, nella ricostruzione datane, tra gli altri, da A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say...*, cit., 403.

²⁰ Sentt. nn. 348 e 349/2007.

²¹ C. cost. n. 317/2009, punto 7 del *Considerato in diritto*, corsivi aggiunti.

²² La posizione sembra riecheggiare le critiche di chi traduce l'assenza dei diritti sociali dal catalogo della CEDU in esclusione di tali diritti dai bilanciamenti compiuti dalla Corte EDU (O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato...*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, 2^a ed., Torino 2006, 269). La critica va, tuttavia, oltre il segno, se si guarda ai numerosi casi in cui la Corte EDU ha operato bilanciamenti dei diritti "nominati" con altrettanti beni "innominati", a prescindere cioè dal loro espresso ancoraggio nella CEDU: ad esempio, tra il diritto di proprietà (garantito dal Protocollo I, art. 1) e la giustizia sociale, il diritto all'abitazione degli affittuari, la tutela dell'ambiente, ecc., (cfr., tra i tanti, i Casi *James*, 1986; *Mellacher*, 1989; *Fredin*, 1991; *Pine Valley Developments Ltd*, 1991).

²³ La Corte EDU, a sua volta, ha affermato che «(l) a Convenzione deve leggersi come un tutto e va interpretata in modo da promuovere la sua coerenza interna e l'armonia tra le sue differenti disposizioni» (caso *Demir*, 2008, § 66; caso *Johnston e altri*, del 1986, § 57; ecc.).

Proviamo a vedere le cose dal versante della CEDU e dei suoi giudici. Diversamente dal diritto dell'UE, la Corte EDU non ha mai sviluppato una dottrina della primazia e dell'effetto diretto delle norme della Convenzione (norme spesso frutto del "diritto vivente" dei giudici di Strasburgo), in parte perché lo stesso sistema CEDU non lo consente e/o non lo rende necessario. È la c.d. dottrina sul "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati nella loro opera di garanzia delle libertà della Convenzione e nel bilanciamento di queste tra loro e con altri legittimi interessi statuali²⁴. Una dottrina giurisprudenziale che, per certi versi, svolge proprio la funzione di equilibrare efficacia e legittimazione del sistema CEDU.

Vale la pena, tuttavia, segnalare un esempio (la giurisprudenza CEDU sul diritto di proprietà) che rappresenta una significativa assonanza con quanto già visto essere accaduto nel diritto comunitario²⁵. La pratica vigenza della disposizione sul diritto di proprietà privata (art. 1, Prot. I) subì un'iniziale fase di stallo per l'eccessiva prudenza della giurisprudenza della Commissione (negli anni sessanta del secolo scorso). La scarsa o nulla giustiziabilità di quella disposizione veniva spiegata anche per il "peccato originale" che l'aveva segnata, quello di aver dato vita a un catalogo di diritti "sbilanciato", ove al riconoscimento della proprietà non si affiancava la garanzia dei diritti sociali²⁶. La ineffettività della tutela della proprietà privata, in altre parole, può essere letta quale tecnica volta a mettere al riparo da una crisi di legittimità la CEDU globalmente considerata. Guardando, infatti, alla successiva evoluzione giurisprudenziale e al "disgelo" dell'art. 1, Prot. I, non sembra forzato spiegare la crescente tutela apprestata alla proprietà privata dagli organi di Strasburgo con la parallela "apertura" interpretativa del concetto stesso di proprietà. In quest'ultimo, infatti, la Corte EDU ha fatto rientrare un ampio spettro di prestazioni previdenziali che la nostra Costituzione (al pari delle Co-

²⁴ Cfr., tra i tanti, A.A. OSTROVSKY, 'What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals', in *Hanse Law Review*, 2005/1, 47 ss.; P. MAHONEY etc., *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, n. 1; ID., *Judicial Activism and judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the same Coin*, ivi, vol. 11, 1990, n. 1-2, 78 ss.; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (cur.), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, cit., 65 ss.

²⁵ La dottrina della Corte di giustizia che ha incorporato la tutela dei diritti fondamentali, onde evitare un sistema apertamente "sbilanciato" sul versante dell'effettività.

²⁶ Cfr. L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970, 229 ss.

stituzioni di molti Stati membri) rubrica sotto il capitolo dei diritti sociali²⁷.

Più in generale, alle classiche libertà negative sancite dalla CEDU, la giurisprudenza della Corte europea ha affiancato diritti socio-economici²⁸. Tra le più recenti e significative “aperture” della giurisprudenza CEDU, spiccano il diritto alla tutela ambientale (fondandolo sull’art. 8 CEDU, cioè sul rispetto della vita privata e familiare)²⁹ e il diritto alla contrattazione collettiva e allo sciopero (quale corollario del diritto di associazione sindacale, *ex art. 11 CEDU*)³⁰. Secondo il modello qui propo-

²⁷ La Corte EDU, dopo una prima giurisprudenza che ammetteva la tutela delle sole prestazioni di natura contributiva, più agevolmente riconducibili alla nozione di “bene” ai sensi dell’art. 1, Prot. 1 (casi *Feldbrugge*, 1986; *Deumeland*, 1986; *F. Lombardo*, 1992; *Massa*, 1993), ha poi affermato di voler prescindere dalla natura contributiva o meno della prestazione assistenziale (casi *Gaygusuz*, 1996, assicurazione contro la disoccupazione involontaria; *Poirrez*, 2003, pensione sociale per portatori di *handicap*; *Asmundsson*, 2004, perdita di una pensione di invalidità speciale; *Stec e altri*, 2005, pensione speciale d’invalidità). Si tratta comunque di prestazioni già previste dalle legislazioni nazionali, che la Corte estende a casi irragionevolmente non ricompresi, restando formalmente assente dalla CEDU un generale diritto a prestazioni sociali: C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2008, 403 s. È proprio richiamandosi espressamente a questo orientamento della Corte EDU che la Corte costituzionale ha esteso agli stranieri regolari l’assegno mensile di invalidità (*ex art. 13, l. n. 118/1971*), annullando la restrizione legislativa che lo garantiva ai soli stranieri c.d. “lungo-soggiornanti”: C. cost. n. 187/2010.

²⁸ Cfr. T. NOVITZ, *Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe: The Significant Absence of a Court*, in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE, *op. cit.*, 247 s., che affronta il tema dell’intreccio tra Carta sociale europea (i cui “diritti” non sono giustiziabili dalla Corte EDU) e Convenzione, ricordando come in una sua risalente decisione la Corte EDU ebbe modo di affermare che: «il semplice fatto che una determinata interpretazione della Convenzione possa estenderne la portata anche alla sfera dei diritti socio-economici non può essere un ostacolo decisivo a simile interpretazione; non esiste una separazione impermeabile tra questa sfera e quella coperta dalla Convenzione» (§ 26 del caso *Airey c. Irlanda*, 1979, in tema di garanzia del diritto di difesa ai non abbienti).

²⁹ Cfr. il caso *Öneryıldız c. Turchia*, del 30 novembre 2004 (§§ 59, 71, 90 e 93, in cui la Corte, per determinare i criteri della responsabilità dello Stato per attività pericolose, con riguardo all’art. 2 CEDU, ha fatto riferimento alla Convenzione internazionale sulla responsabilità civile derivante da attività pericolose per l’ambiente, di Lugano del 1993, nonché alla Convenzione sulla protezione dell’ambiente da parte del diritto penale, di Strasburgo del 1998); il caso *Taşkın e altri c. Turchia*, del 2003 (in cui la Corte ha strumentato la tutela dell’ambiente ispirandosi ai principi sanciti dalla Convenzione di Aarhus sui diritti di accesso, partecipazione e intervento giudiziario in materia ambientale). Cfr. S. GIORDANO, *La tutela dell’ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in P. FOIS (cur.), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell’ambiente*, Napoli 2007, 319 ss.

³⁰ Cfr. il caso *Demir c. Turchia*, del 2008, cit., nonché il caso *Enerji Yapi - Yol Sen c. Turchia*, del 2009, su cui cfr. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell’alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 975 ss.

sto, una simile integrazione giurisprudenziale del catalogo dei diritti della CEDU rappresenta la risposta che lo stesso sistema ha sviluppato (e sta sviluppando) quale *contrappeso* all'accresciuta effettività della tutela da esso apprestata. In termini di rapporti tra ordinamenti: all'accresciuta penetrazione della CEDU negli ordinamenti nazionali (*effettività*), si affianca la necessità per la CEDU stessa di presentarsi come un sistema il più possibile armonico di beni e interessi tutelati (*legittimità*).

Se la risposta del sistema CEDU all'accresciuta effettività è quella strategia di "integrazione" del catalogo che si è appena illustrata, ci si può chiedere fino a che punto lo stesso accrescimento di effettività debba ritenersi coesistente al sistema CEDU e fino a che punto essa possa o debba spingersi. In estrema sintesi, può rilevarsi che un certo grado di effettività è coesistente al sistema, se non altro per il fatto che esso, a partire dalla riforma del 1998 (entrata in vigore del Protocollo XI), si caratterizza in termini inequivoci come strumento di tutela *giurisdizionale* dei diritti individuali. Fino al 1998, infatti, si poteva accedere alla Convenzione senza accettare la giurisdizione della Corte EDU, la quale non era in ogni caso "piena"³¹. In secondo luogo, l'aumento notevole degli Stati membri e il rischio del moltiplicarsi di cause "seriali"³² minacciano di paralizzare il funzionamento della Corte EDU³³. Il che rende imprescindibile, per la stessa funzionalità minima del sistema CEDU, un certo grado di collaborazione da parte degli organi giudiziari

³¹ Per l'esistenza del filtro politico sull'ammissibilità dei ricorsi svolto dal Comitato dei Ministri; per la trattazione della causa in prima istanza dinanzi alla Commissione, con procedure non pienamente giurisdizionali, ecc.: cfr. DE SALVIA, *La nuova Corte europea...*, cit.

³² Dovute a deficit strutturali di un ordinamento nazionale (come è stato ed è il problema dell'irragionevole durata dei processi in Italia o quello della restituzione, in Polonia, delle proprietà confiscate durante il comunismo, su cui cfr. il caso *Broniowski c. Polonia*, 22 giugno 2004, commentato tra gli altri da V. ZAGREBELSKY, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2008, 5 ss.), che implicano un flusso in crescita esponenziale di casi dinanzi a Strasburgo finanto che non giunga un'adeguata riforma interna o, quantomeno, l'abbattimento della legislazione che è all'origine della violazione CEDU (come avvenuto, in Italia, con le decisioni di incostituzionalità delle disposizioni sugli indennizzi da esproprio: C. cost. nn. 348 e 349/2007).

³³ Cfr. i rimedi apprestati dal XIV Protocollo, in vigore dal 2009, volti a una migliore ripartizione del lavoro tra i giudici della Corte (filtro di ammissibilità, svolto nei casi più semplici dal giudice unico, in quelli più complessi dai Comitati di tre giudici, i quali acquistano anche il potere di dichiarare, all'unanimità, la fondatezza nel merito dei casi in cui la soluzione risulta imposta da una giurisprudenza ben consolidata; la possibilità per la Corte di dichiarare, in qualsiasi momento, *irricevibili* quei ricorsi in cui il ricorrente non abbia subito *alcun danno rilevante*, salvo che l'esigenza di scendere nel merito derivi dal rispetto dei diritti della CEDU o dal fatto che la causa non sia stata debitamente esaminata da un giudice nazionale: cfr. O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *op. cit.*, 29 ss.).

statali (specie delle Corti costituzionali) con l'operato della Corte europea³⁴. Altre e più raffinate motivazioni possono rinvenirsi nelle relazioni instauratesi tra sistema CEDU e Unione europea a partire dal processo di allargamento ad Est dell'UE e alla condizione (non formalizzata) posta agli Stati candidati di aderire previamente alla CEDU³⁵. Ma il discorso ci porterebbe inutilmente lontano.

L'effettività nella CEDU, sebbene accresciuta, non dovrebbe però assurgere al livello tipico del diritto comunitario (e oggi dell'UE)³⁶. Anzi, può dirsi che un certo grado di *flessibilità* degli strumenti giuridici volti a sanzionare le violazioni della CEDU da parte degli Stati è preziosa. Se la Corte EDU, infatti, fosse pedissequamente seguita dai giudici comuni dello Stato contro cui viene emessa una sentenza di condanna (attraverso l'indiscriminato uso della disapplicazione della legge contraria alla Convenzione, *rectius*, al "diritto vivente" di quest'ultima), il rischio sarebbe quello di ridurre, anziché ampliare, il potere di accertare violazioni della CEDU. Per capirlo, vale la pena di richiamare un paragone tra giurisprudenza EDU e giurisprudenza costituzionale sul tema del diritto di proprietà e della sua pesante compressione per opera dell'italico istituto della c.d. "accessione invertita"³⁷. Il fatto che la Corte EDU abbia mostrato meno remore rispetto alla nostra Corte nel giudicare l'incompatibilità tra simile istituto e il diritto di proprietà può essere spiegato anche con la differente dimensione degli effetti delle rispettive decisioni. Pur condannando senza riserve l'istituto dell'accessione invertita, la Corte EDU non è stata in grado di determinare un immediato effetto caducatorio della disciplina interna³⁸. Per la nostra Corte costituzionale, invece, le cose si sono profilate da subito in modo assai diverso. Fin dal primo caso in cui la giurisprudenza costituzionale legittimò l'anomalo strumento espropriativo, espressamente contemplato dalla c.d. legge "Zu-

³⁴ Affidarsi, infatti, alla sola collaborazione del potere politico degli Stati e alla sola – improbabile – sanzione internazionalistica della minaccia di espulsione dal Consiglio d'Europa, comporterebbe per la Corte EDU l'onere di doversi ripetutamente pronunciare su casi identici fino all'intervento del legislatore interno volto a porre fine alla violazione già accertata. Come se la nostra Corte costituzionale, dopo aver dichiarato l'incostituzionalità di una legge, dovesse obbligatoriamente rispondere a tutti i giudici che si trovassero ad applicare quella legge in altri processi, finché il legislatore non si degnasse di intervenire.

³⁵ Cfr. O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa...*, cit., *passim*; O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *op. cit.*, 16 ss.

³⁶ Sulle strutturali differenze dei due sistemi europei, quanto all'autoapplicabilità delle norme dell'UE e di quelle della CEDU, cfr. *Von Bogdandy, op. loc. cit.*

³⁷ Su cui si avrà modo di tornare: cfr. *infra*, § 3.3.

³⁸ Una disciplina, in realtà, frutto di creazione giurisprudenziale, ma tuttavia indirettamente fatta propria dal legislatore (l. n. 458/1988) con l'avallo della Corte costituzionale (sent. n. 384/1990).

bani”³⁹, la Corte sembra tradire un atteggiamento “prudenziale”, spiegabile (anche) con l’equazione: “abbattimento della legge Zubani = abbattimento delle opere d’interesse pubblico” (generalizzabile in: abbattimento dell’accessione invertita = abbattimento delle opere pubbliche realizzate in esito a un’espropriazione irregolare)⁴⁰. E tale equazione si profila ben diversamente per l’una o l’altra Corte, posto che le condanne di Strasburgo rimettono comunque agli Stati la soluzione contro il ripetersi di violazioni analoghe, condannando nel frattempo al pagamento di una equa riparazione economica in favore della vittima⁴¹.

Il caso dell’accessione invertita sembra dunque mostrare come gli effetti non immediatamente caducatori delle condanne emesse da Strasburgo possano offrire uno strumento di flessibilità alla Corte EDU. Strumento che, anziché inficiare la tutela offerta da Strasburgo, permette alla Corte europea di “osare”, in determinate evenienze, più di quanto non faccia il giudice costituzionale interno. Simile flessibilità sarebbe, allora, pregiudicata se i giudici comuni dei Paesi membri, compattamente e in modo *indiscriminato*, iniziassero a trattare le decisioni di condanna della Corte EDU come produttive di effetti diretti interni, al pari di quanto avviene nell’ordinamento dell’UE.

1.3. *L’OMC in cerca di legittimazione*

Anche riguardo al sistema dell’OMC sono rilevabili elementi assonanti con il modello configurato sopra. Il passaggio dal GATT all’OMC ha registrato un’accresciuta effettività del sistema, per opera di riforme

³⁹ L. n. 458/1988, adottata proprio al fine di incidere sull’esito di un processo in corso, da cui la legge prende il nome volgare, e per scongiurare il rischio di una restituzione/demolizione di un’opera d’interesse pubblico, quale un complesso di edilizia residenziale pubblica.

⁴⁰ C. cost. n. 384/1990, punto 3, in cui la Corte sembra impostare tutto il discorso in termini di giustificazione di una “legge provvedimento” (citando, non a caso, il precedente di C. cost. n. 95/1966, su una legge siciliana *direttamente espropriativa*), chiamata a porre retroattivamente rimedio al rischio che opere d’interesse pubblico già realizzate debbano essere abbattute in esito ad azioni giudiziarie restitutorie. Cfr. la critica di A. GAMBARO, *L’occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, 411, 390 s. Per la giustificazione da parte della Corte EDU del bilanciamento operato dalla “legge Zubani” (conservazione dell’opera d’interesse pubblico a fronte di un risarcimento per il proprietario superiore all’indennizzo espropriativo), cfr. caso *Zubani*, 1996, § 49. In seguito, la stessa Corte EDU giungerà a condannare l’accessione invertita proprio per il suo operare «in maniera generale» (*Carbonara*, 2000, § 66, e *Belvedere*, 2000, § 59), con ciò rifiutando di seguire l’approccio giustificativo della nostra Corte, che artatamente impostava il problema in termini di legge provvedimento.

⁴¹ Pagamento che, nel nostro caso, ha valore satisfattivo delle doglianze del privato (la Corte EDU, cioè, non pretende che l’opera d’interesse pubblico venga ceduta al privato o demolita).

istituzionali che hanno trasformato la gestione delle controversie interstatuali sul mancato rispetto degli Accordi OMC. Tale gestione da diplomatica è divenuta para-giurisdizionale⁴², tanto che gli effetti delle decisioni adottate dagli organi OMC sono oggi assimilabili a quelli di una sentenza vincolante in modo definitivo la parte condannata⁴³. Al mutamento istituzionale si è affiancata anche una mutata prassi interpretativa degli stessi organi para-giurisdizionali, nel senso di una valorizzazione del testo normativo degli Accordi OMC e di una tendenza a irrigidire l'inderogabilità degli obblighi contratti dagli Stati⁴⁴.

Simili mutamenti, che potremmo sintetizzare in un aumento di effettività del sistema OMC, hanno posto, quasi inevitabilmente, la questione della legittimazione del sistema. Si è assistito, infatti, a un passaggio non troppo dissimile a quello già registrato nell'evoluzione del diritto comunitario. Il parallelo corre con la nascita della dottrina della Corte di giustizia sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e con il fatto che la Corte, in origine, aveva negato la propria competenza a garantire il rispetto di tali diritti, stante l'assenza di riferimenti espressi nel vecchio Trattato Cee⁴⁵. In modo analogo, i "giudici" di primo grado dell'OMC (i membri del *Panel*) ebbero ad affermare, nel noto caso *US-Shrimp*, l'irrelevanza delle esigenze di tutela ambientale invocate dallo Stato convenuto quale giustificazione per la mancata osservanza delle regole OMC sull'apertura dei mercati. Simile impostazione è stata corretta nel secondo grado di giudizio, quando l'organo d'appello (*Appellate body*) dell'OMC giunse a criticare la visione "monofocale" e mercantilistica dei giudici di primo grado, riconoscendo espressamente che *anche nel sistema dell'OMC devono rilevare i principi di tutela ambientale già vigenti nell'ordinamento internazionale*⁴⁶. L'esito è stato

⁴² Cfr. J.H.H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats...*, cit.; J.P. TRACHTMAN, *Constitutional Economics of the World Trade Organization*, cit., 217.

⁴³ Cfr. *supra*, Cap. II, § 1.3.

⁴⁴ J.H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO...*, cit., 169 ss.

⁴⁵ Cfr. i casi *Stork*, 1/58, sentenza 4 febbraio 1959; *Uffici di vendita del carbone della Ruhr*, cause riunite 36-38/59 e 40/59, sentenza 15 luglio 1960; *Sgarlata*, 40/65, sentenza 1° aprile 1965 (su cui G. TESAURO, *op. cit.*, 128).

⁴⁶ *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body*, WT/DS58/AB/R, 12 ottobre 1998, specie §§ 130 s. (in <http://www.wto.org>). Il caso era relativo al divieto importazioni di gamberetti pescati con modalità diverse dalla disciplina stabilita dagli USA a tutela delle tartarughe marine, minacciate da certe forme di pesca. Sia pure con diversa motivazione da quella del giudizio di primo grado, i giudici di appello dell'OMC hanno condannato gli USA per aver adottato una soluzione unilaterale e rigida, con meccanismi di certificazione dei produttori stranieri del tutto opachi, che trascura le misure adottate dagli altri Stati allo stesso scopo di tutelare la fauna marina, sottolineando come gli USA non si fossero affatto adoperati per far approvare un accordo volto

quello per cui determinate clausole degli Accordi OMC devono interpretarsi in conformità con quei principi internazionali. Il che, si badi, non condusse a ribaltare l'esito della causa (la condanna per protezionismo mascherato degli Stati Uniti), anzi, ne rinforzò la motivazione, in termini di legittimazione del complessivo sistema OMC⁴⁷.

Commentando tale vicenda giurisprudenziale, la dottrina ha efficacemente paragonato i rapporti tra OMC e ordinamento internazionale a quelli tra un pianeta e l'universo: inserendo nel proprio ragionamento giuridico il riferimento a norme internazionali esterne all'OMC, gli organi paragiurisdizionali dell'OMC avrebbero importato nel "pianeta" la legittimazione offerta dall'"universo"⁴⁸. Una legittimazione che, secondo il modello proposto, si rende necessaria proprio quando il sistema accresce la sua pretesa di effettività⁴⁹.

Interessante chiedersi se, anche per l'OMC, non sussista un problema di intrinseca consequenzialità tra i suoi obiettivi (la sua ragion d'essere) e una sua inderogabile effettività (minima). Si è già detto della riforma istituzionale che ha aumentato l'efficacia dei meccanismi di controllo e sanzione dell'OMC. Una modifica che ha portato ad esiti abbastanza clamorosi, tanto che la decisione con cui gli Stati Uniti, convenuti dall'Unione europea, sono stati condannati per il protezionismo praticato a favore dei propri produttori di acciaio è stata addirittura paragonata al caso *Madison v. Marbury*⁵⁰.

a fissare standard comuni in materia: cfr. J. SCOTT, *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, in J.H.H. WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, cit., 125 ss.

⁴⁷ Cfr. B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *EJIL* 2006, vol. 17, n. 3, 510. Cfr. anche J.P. TRACHTMAN, *Constitutional Economics of the World Trade Organization*, cit., 224.

⁴⁸ B. SIMMA, D. PULKOWSKI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ Sull'esigenza che l'OMC, sulla falsariga dell'evoluzione dell'UE, si faccia carico della tutela dei diritti umani universalmente riconosciuti e riconosca gli individui quali soggetti di diritto, cfr. E.-U. PETERSMANN, *From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO...*, cit., 1363 ss.; più cauto, sul punto, J.P. TRACHTMAN, *Constitutional Economics of the World Trade Organization*, cit., 224 s. (il quale osserva come siano stati i Paesi in via di sviluppo a ostacolare l'introduzione nell'OMC di clausole sul rispetto dei diritti umani, sulla tutela dei lavoratori o dell'ambiente, per timore che ciò potesse tradursi in altrettante giustificazioni per politiche protezionistiche a loro danno da parte dei Paesi ricchi).

⁵⁰ Cfr. D. SANGER, *A blink from the Bush Administration*, in *NY Times*, 5 December 2003, cit. da J. PAUWELYN, *Optimal Protection of International Law*, New York 2008, 181 s.; nonché da J.H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO...*, cit., 198. L'efficacia della condanna emessa dall'OMC (*United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, Report of the Appellate Body, 10 novembre 2003, WT/DS248/AB/R) è stata determinata, in questo caso esemplare, dalla mera minaccia dell'UE di colpire determinati produttori statunitensi con sanzioni economiche sotto la supervisione degli stessi organi OMC (dazi sull'e-

L'effettività dell'OMC è, in primo luogo, effettività dei rimedi internazionalistici (lo Stato vittorioso è abilitato, in caso di mancata ottemperanza alla "sentenza" degli organi OMC, ad adottare misure sanzionatorie di stampo commerciale)⁵¹. Potremmo parlare di "effettività esterna" combinata con l'"ineffettività interna". Si è visto infatti al Capitolo II come i maggiori contraenti dell'OMC (Stati Uniti, UE, Canada e Giappone) non riconoscano l'autoapplicabilità delle norme OMC, neppure quando queste siano state applicate dagli organi paragiurisdizionali dell'OMC in esito a un giudizio definitivo. L'effettività della sanzione internazionalistica sembra, cioè, correlarsi in modo quasi necessario con l'ineffettività interna (così è leggibile l'approccio della Corte di giustizia già analizzato al Cap. II)⁵². Il che è spiegabile ricorrendo al modello tracciato all'inizio di questo Capitolo: l'ordinamento interno non deve nessun *prestito di effettività* all'ordinamento esterno dell'OMC, perché quest'ultimo esibisce al proprio interno strumenti sufficienti di sanzione.

Seguendo sempre il nostro modello, dovremmo anche concludere che un basso livello di effettività sul piano interno (non autoapplicabilità delle norme OMC negli ordinamenti statuali) non dovrebbe far scattare nessun campanello d'allarme circa la legittimità complessiva del sistema, almeno dal punto di vista interno agli ordinamenti e alle costituzioni degli Stati contraenti. Tutto ciò è vero solo in parte. Innanzitutto, una simile ricostruzione del sistema OMC nei suoi rapporti con gli ordinamenti statuali conduce a un esito sperequato: affidare l'effettività delle norme OMC esclusivamente alla sanzione economica interstatale (ritorsioni e contromisure commerciali autorizzate dagli organi OMC) finisce per privilegiare la posizione degli Stati più potenti e/o ricchi rispetto agli Stati più deboli e/o poveri. La capacità di adottare contromisure commerciali da parte dello Stato debole contro l'export dello Stato grande nei suoi confronti è, infatti, pressoché nulla. La sanzione equivarrebbe a un autogol, stante i danni che essa è in grado di creare all'economia nazionale più debole⁵³.

sportazione di prodotti tessili e di arance), determinando una controreazione nel sistema politico-economico statunitense tale da costringere il Presidente (G.W. Bush) a chiedere e ottenere l'abrogazione delle misure protezionistiche favorevoli ai produttori d'acciaio. Cfr. *infra*.

⁵¹ Sospensioni di tariffe privilegiate d'importazione, in danno di determinati prodotti dello Stato soccombente in giudizio. La scelta di simili contromisure commerciali (e delle tipologie di prodotti da colpire) è fatta dallo Stato vittorioso, sotto la supervisione degli organi paragiurisdizionali OMC.

⁵² Cfr. Cap. II, §§ 3.2, 4

⁵³ «Antigua ha vinto un'importante causa contro gli Stati Uniti sul gioco d'azzardo online, ma la piccola isola caraibica non ha potuto in alcun modo far rispettare la decisione [degli organi OMC]. Imporre dei dazi doganali sulle merci americane avrebbe infatti significato

In secondo luogo, quella ricostruzione dei rapporti tra OMC e Stati contraenti che confina l'effettività della sanzione sul solo piano esterno/internazionale è foriera di un'altra sperequazione, stavolta di natura interna. Nell'ordinamento dello Stato condannato per violazione di norme OMC, infatti, si viene a creare una sperequazione tra imprese favorite dalla misura protezionistica e imprese "innocenti" danneggiate dalle contromisure autorizzate dagli organi OMC a titolo sanzionatorio. Le prime, infatti, non sono imprese esportatrici, bensì imprese interessate a bloccare le importazioni dagli Stati più competitivi. Le seconde, invece, sono imprese colpite dalle sanzioni per il semplice fatto di essere esportatrici nello Stato che ha vinto la causa dinanzi all'OMC. Nell'ordinamento dell'UE, le imprese innocenti danneggiate hanno inutilmente tentato di ottenere qualche tutela per i danni subiti a causa della violazione di norme OMC da parte delle politiche della stessa UE⁵⁴. Si è parlato, a tal proposito, di "innocent bystanders"⁵⁵, rilevandosi, più in generale, che l'evoluzione delle relazioni commerciali internazionali da affari puramente interstatuali in norme volte a beneficiare principalmente gli attori privati, rende incongrua l'equazione tra rispetto delle norme dell'OMC e l'alternativa di subire ritorsioni commerciali⁵⁶.

Siamo alle prese con un problema di legittimazione che non riguarda solo l'OMC nel suo complesso (e i suoi organi giurisdizionali, in

far aumentare i prezzi, a tutto svantaggio della popolazione locale»: J. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona. Un nuovo mondo è possibile*, Torino 2007, 105. Cfr. anche J. PAUWELYN, *Optimal Protection...*, cit., 90 s. In termini più generali e radicali, cfr. E.-U. PETERSMANN, *Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law*, in *Univ. Illinois Law Rev.*, 2008, 362 e 380, secondo cui confinare a livello puramente esterno i meccanismi di accertamento e sanzione delle violazioni degli accordi dell'OMC comporta una politicizzazione dei conflitti commerciali che non contribuisce a realizzare gli obiettivi di benessere individuale e non discriminazione perseguiti dall'OMC.

⁵⁴ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia, casi congiunti 120/06 P (*FIAMM*), e 121/06 P (*Fedon*), del 2008, cit., in cui si è negato tanto il diritto al risarcimento dei danni per illecito della Comunità che il più tenue diritto all'indennizzo per danni da *atto lecito* della Comunità, dopo che il Tribunale di I grado CE aveva, astrattamente, ammesso la configurabilità di tale seconda forma di responsabilità (pur negandola in concreto): cfr. G. MONTELLA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità e la gestione politica degli effetti delle norme convenzionali*, in *DPCE*, 2006/2, 840 ss. Precedentemente la Corte di giustizia aveva ammesso in via astratta la responsabilità extracontrattuale della Comunità, senza specificare se per fatto illecito o lecito, ma concludendo per la mancata dimostrazione del danno subito da parte dei ricorrenti (caso *Biret* causa C-93/02 P, e C-94/02 P, sentenza 30 settembre 2003, su cui cfr. G. GATTINARA, *op. cit.*, 131 ss.)

⁵⁵ Cfr. M. DANI, *Remedying European legal pluralism. The FIAMM and Fedon litigation...*, cit., che rimanda all'analisi critica di P. C. MAVROIDIS, 'It's alright ma, I'm only bleeding (A Comment on the Fedon jurisprudence of the Court of First Instance)', STALS Research Paper No. 11/2008, <http://www.stals.ssup.it/site/files/stals_MavroidisII.pdf>.

⁵⁶ J. PAUWELYN, *Optimal Protection...*, cit., 98 s. e 143.

particolare). Esso è piuttosto un problema di legittimazione relativo al tipo di reazione seguita dai giudici degli Stati contraenti. La scelta della Corte di giustizia dell'UE è stata, fin qui, assai netta: le norme OMC non sono mai direttamente applicabili, perfino quando la loro violazione è stata definitivamente accertata dagli organi OMC. Né può simile violazione condurre a una qualche forma di responsabilità giuridica degli organi politici dell'UE nei confronti dei singoli (imprenditori) colpiti dalla sanzione "esterna" dell'OMC. Si tratta però di una scelta che indirettamente produce una (ingiusta) redistribuzione di ricchezza tra imprese e individui all'interno dell'ordinamento cui è imputabile la violazione delle norme OMC⁵⁷. Come può simile reazione interna (dell'ordinamento UE) ritenersi legittima? Non andrebbe corretta con adeguate forme di "autoapplicabilità" delle norme OMC?⁵⁸

Ci troviamo, in altre parole, di fronte a una tensione tra *ineffettività* e legittimità anziché tra effettività e legittimità. È proprio l'accettazione di simili *danni collaterali* legati alla dottrina della (totale) non autoapplicabilità delle norme OMC che determina l'insorgere di questioni di legittimazione del meccanismo sanzionatorio OMC e, conseguentemente, dell'OMC nel suo complesso⁵⁹.

Potrebbe ribattersi che la reazione dell'UE (ineffettività interna dell'OMC) non pone questioni di legittimità, posto che siamo in presenza del sacrificio di mere libertà economiche e non di autentici diritti fondamentali. Se è vero, però, che le prime non esigono lo stesso livello di ga-

⁵⁷ Le imprese "innocenti" sopportano il costo della politica protezionistica statale (o dell'UE), ossia il costo dei privilegi accordati ad altre imprese.

⁵⁸ Nei casi *FIAMM* e *Fedon*, cit., la Corte di giustizia si è limitata ad ammettere (quasi come debolissimo monito al legislatore comunitario) la legittimità astratta di una legislazione comunitaria che introducesse adeguate forme di assicurazione pubblica contro i danni subiti dalle imprese a causa di violazioni di norme dell'OMC da parte dell'UE (§ 181), aggiungendo, non senza contraddizioni, che la garanzia del diritto di proprietà e la libertà di attività professionale devono essere comunque tutelate in caso di danni sproporzionati e inaccettabili al nucleo stesso di tali diritti: l'omessa previsione normativa di un risarcimento che possa evitare o attenuare tale danno potrebbe innescare la responsabilità extracontrattuale della Comunità. Il che, tuttavia, non si verifica nell'ambito in oggetto, stante la natura aleatoria dell'attività delle imprese nel commercio internazionale (§§ 182 ss., su cui cfr. G. GATTINARA, *La sentenza Fiamm...*, cit., 79).

⁵⁹ Va rilevato, comunque, che il sistema sanzionatorio di stampo ritorsivo accennato sopra assume, nell'OMC, carattere meramente ancillare e non sostitutivo dell'obbligo principale (compensazioni e ritorsioni sono esplicitamente definite come "misure temporanee": *Dispute Settlement Understanding*, art. 22.1), che è appunto quello della piena ottemperanza alla decisione degli organi OMC con cui viene accertata la violazione delle regole degli Accordi OMC. Del resto, nessun Membro dell'OMC, neppure gli USA, hanno mai asserito che le compensazioni o le ritorsioni previste negli Accordi OMC possano sostituire l'adempimento degli obblighi (cfr. J. PAUWELYN, *Optimal Protection...*, cit., 138 e 141).

ranza dei secondi⁶⁰, un'adeguata differenziazione di trattamento sta appunto nel non pretendere una piena autoapplicabilità delle norme OMC (effetti diretti), né una piena risarcibilità dei danni economici subiti dagli individui (responsabilità per fatto *illecito* dell'UE), bensì una inferiore forma riparatoria di natura indennitaria (responsabilità per fatto *lecito* dell'UE) che si limiti a redistribuire più equamente tra i privati i costi insiti nell'adesione dell'UE all'OMC. Le pur valide ragioni "costituzionali" e di politica del diritto che conducono la Corte di giustizia a non ammettere l'integrazione tra OMC e ordinamento UE non possono occultare un dato di fatto: le sanzioni economiche OMC vengono *tollerate* dall'Unione europea, la quale, anzi, ne fa a sua volta uso per sanzionare le violazioni delle norme OMC da parte degli altri contraenti, specialmente degli Stati Uniti.

Altrimenti detto: la politica del diritto della Corte UE può considerarsi, nella misura in cui essa rappresenta una strategia per abbassare il livello di *effettività* delle norme OMC al fine di non doverne saggiare la *legittimità* interna (ossia, al fine di sfuggire al dilemma di trovarsi un giorno a dover giudicare frontalmente la "legittimità costituzionale" di determinate norme OMC, *come applicate dagli organi della stessa OMC*, alla luce di beni e principi dell'ordinamento UE)⁶¹. Tale politica giudiziaria, però, non dovrebbe implicare anche la ingiusta "redistribuzione" tra

⁶⁰ Cfr. Von Bogdandy, *op. loc. cit.*

⁶¹ Come potrebbe essere il contrasto tra obbligo OMC di aprire i mercati europei ai prodotti o.g.m. e tutela della salute alla luce del principio di precauzione. Cfr. P. EECKHOUT, *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union - Some Further Reflections*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, 100, il quale citando la condanna dell'OMC del divieto europeo di importare carne agli ormoni dagli USA, si chiede se lo specifico accordo OMC, risultato di una trattativa assai complessa di dieci anni prima, vada ritenuto in così alto grado (entro l'UE) da prevalere automaticamente su politiche legislative che riflettono preoccupazioni e ansie molto diffuse nella popolazione europea. Cfr. anche G. GATTINARA, *op. cit.*, 149, nt. 177, il quale osserva come l'autoapplicabilità delle norme OMC (fatta valere attraverso ripetute strategie giudiziarie degli operatori privati colpiti dalle sanzioni OMC) potrebbe travolgere la delicata opera di bilanciamento svolta dagli organi politici comunitari (in fase di ottemperanza alle condanne OMC) tra esigenze imposte dallo sviluppo del commercio internazionale ed esigenze e valori "interni", quali quelli legati alla protezione della salute, dei consumatori o dell'ambiente (*ibidem*, 157 s.). Con riguardo al regime comunitario d'importazione delle banane (per cui l'UE è stata condannata dall'OMC), la Corte ha sottolineato che le modifiche normative apportate a tale regime costituiscono uno sforzo teso a conciliare gli impegni degli accordi OMC con quelli nei confronti degli Stati ACP (*ex-colonie dell'Africa, dei Carabi e del Pacifico*) nonché con le esigenze inerenti all'attuazione della politica agricola comune. Simile "bilanciamento" sarebbe compromesso dall'eventuale riconoscimento di effetti diretti delle norme OMC entro l'ordinamento UE, una volta che fossero scaduti i termini concessi dall'OMC all'UE per ottemperare alla condanna (caso *Van Parys*, *cit.*, §§ 49 s.).

gli operatori economici europei dei costi sostenuti per il bilanciamento così operato (in favore di beni costituzionali europei e a limitazione delle esigenze dell'OMC), potendosi ammettere una responsabilità per fatto *lecito* degli organi politici dell'UE nei confronti di coloro che vengono colpiti dalle sanzioni OMC. La liceità del fatto (la totale o parziale inottemperanza alle “condanne” inferte dagli organi OMC) sta a dirci, appunto, che il contrasto tra standard di tutela dei diritti interni all'UE e quelli fissati dall'OMC è perfettamente ammissibile dal punto di vista dell'UE. Come tale, il contrasto non fa scattare la necessità di giudicare la “costituzionalità” delle misure esterne in questione (posto che, formalmente, rimangono appunto misure *esterne* all'UE). Tali misure, tuttavia, possono essere davvero ritenute *esterne* solo nella misura in cui l'ordinamento UE appresti dei correttivi interni volti a sterilizzare il più possibile gli effetti negativi che esse determinano su individuate o individuabili categorie di imprese.

1.4. *L'autoapplicabilità come “valvola regolatrice”: un confronto tra il trattamento dell'OMC da parte della Corte di giustizia e della CEDU da parte della Corte costituzionale*

La vicenda appena analizzata dei rapporti tra OMC e ordinamento dell'UE fornisce un esempio paradigmatico del ruolo “costituzionale” cui è chiamato un giudice come la Corte di giustizia in simili frangenti. Si tratta di svolgere la funzione di “valvola” tra ordinamenti (o tra sistemi normativi), in modo da graduare l'efficacia di un sistema nei confronti dell'altro al fine di raggiungere l'equilibrio. Il che presuppone il rifiuto della logica del “tutto o niente” (totale autoapplicabilità o totale *non*-autoapplicabilità) ogniquale volta si presenti l'opportunità di più articolate forme di gestione dei rapporti tra sistemi (ossia, l'opportunità di una più complessa strutturazione dell'autoapplicabilità).

Si è visto nel paragrafo precedente come non sia affatto disprezzabile la funzione svolta dalla Corte di giustizia nell'attenuare l'impatto dell'OMC sull'ordinamento UE (come, del resto, si è visto sopra relativamente alle risoluzioni antiterrorismo delle N.U.)⁶². Si è trattato di evitare che la bilancia dell'effettività del sistema esterno (norme OMC) raggiungesse un livello tale da far scattare una poco gestibile reazione sul piano della legittimità della stessa OMC da parte dell'opinione pubblica e delle forze politiche europee (sia a livello statale che di organi UE). Forze po-

⁶² Cfr. *supra*, § 1. Per un parallelismo tra la giurisprudenza della Corte nei casi *Fiamm & Fedon* e quella nel caso *Kadi*, cfr. M. DANI, *op. ult. cit.*

litiche europee le quali, contemporaneamente, trovano *difficile* osservare incondizionatamente i vincoli OMC (pronta liberalizzazione degli o.g.m., ad es.) ma *conveniente* promuovere l'apertura mondiale dei mercati perseguita attraverso l'OMC.

Perfettamente coerente con il ruolo del giudice è svolgere, attraverso le tecniche dell'autoapplicabilità, simile funzione di valvola (abbassare il grado di *effettività* per tenere bassa l'esigenza di *legittimazione*). La diretta applicabilità *tout court* delle norme OMC entro gli ordinamenti degli Stati UE (e dell'UE, in generale), comporterebbe infatti reazioni sullo stampo delle dottrine dei "controlimiti" o "*solange*" forgiate dai giudici costituzionali italiani e tedeschi. Tali dottrine costituzionali, tuttavia, presuppongono un interlocutore dotato di una certa fisionomia. Se per le Corti costituzionali italiana e tedesca tale interlocutore era, in prima battuta, la Corte di giustizia, nel sistema dell'OMC tale interlocutore è costituito, in prima battuta, dagli organi paragiurisdizionali responsabili della risoluzione delle controversie tra gli Stati membri. Organi che non sono più meramente diplomatici ma non sono ancora pienamente giurisdizionali (si pensi al fatto che, quando le dottrine "*solange*" e dei "controlimiti" sono state ideate e raffinate, la Corte di giustizia era non solo un giudice competente a risolvere questioni pregiudiziali, ma anche un giudice cui i singoli potevano rivolgersi per tutelare i propri diritti fondamentali colpiti da atti comunitari "individuali", sia pure dovendo dimostrare il relativo interesse a ricorrere). Una dottrina degli effetti diretti delle norme OMC presupporrebbe, dunque, un sistema giurisdizionale capace di far funzionare quella logica di tutela dei diritti fondamentali "complessivamente equivalente" a quella interna agli Stati membri (equivalente, cioè, all'ordinamento che "cede sovranità": dottrina "*solange*"). Presupporrebbe, cioè, un sistema giurisdizionale dell'OMC diverso da quello attuale, il quale *non contempla alcun ruolo processuale dei singoli* (cfr. Cap. II, § 2.2)⁶³.

Resta, tuttavia, inalterata la constatazione che la totale e "cieca" non-autoapplicabilità delle norme OMC ha dei costi per gli individui: questi costi *non sono imposti* dall'OMC stessa, bensì derivano dall'imperfetto

⁶³ Ma cfr. il riferimento ai diritti individuali svolto dagli stessi organi paragiurisdizionali OMC, per i quali l'OMC mirerebbe «alla istituzione di un sistema di commercio multilaterale sicuro e prevedibile composto *non solo di Stati*, ma anche, e *soprattutto*, di operatori economici individuali» (WT/DS 136, WT/DS 162, *United States-Anti-Dumping Act of 1916*, Report of the Appellate Body of 28th August 2000, cit. da P. MENGOZZI, *I diritti e gli interessi delle imprese, il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e le prerogative delle istituzioni della Unione Europea: verso una dottrina comunitaria delle politiche1 questions?*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2006/1, 153, nt. 7, corsivi aggiunti).

meccanismo interno di regolazione degli effetti sperequati che le sanzioni “esterne” dell’OMC producono sui singoli.

La soluzione a simile problema non è quella dietro cui continua a trincerarsi la Corte di giustizia, affermando che solo la *volontà politica* degli organi UE può decidere come gestire gli effetti dei vincoli OMC (specie quelli stringenti delle decisioni di condanna degli organi para-giurisdizionali), perché così sta scritto nelle disposizioni degli Accordi OMC stessi. Questo non è stato l’approccio seguito dalla Corte di giustizia (né dai giudici costituzionali dei Paesi membri, che hanno interloquuto con la Corte di giustizia) con riguardo alla costruzione dell’ordinamento comunitario e dell’UE. In presenza di alternative possibili (quali una moderata applicabilità delle norme OMC, tramite la responsabilità per fatto lecito dell’UE), alla Corte di giustizia non è più consentito invocare il rispetto della “sfera competenziale” della politica, quasi che esistesse davvero un confine tangibile in tal senso.

La praticabilità e la correttezza di un simile approccio “gradualista” all’autoapplicabilità dei sistemi esterni è ben esemplificata dalla posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale relativamente alla CEDU. Nella nota sent. n. 349/2007 il nostro giudice costituzionale ha rilevato che, in via astratta, l’art. 46 CEDU (sull’obbligo di ottemperare alle condanne della Corte EDU) si dirige al potere politico-legislativo degli Stati membri⁶⁴. Sulla scorta di simile rilievo, ben avrebbe potuto la Corte interpretare il sistema CEDU come “non autoapplicativo” *nel suo complesso* e negare che il contrasto tra norme CEDU e norme interne possa dar luogo all’invalidità di queste ultime (salvo i casi in cui il contrasto è componibile in via interpretativa dal giudice comune). Si potrebbe osservare che la Corte costituzionale, accettando di annullare norme di legge interne per contrasto con il diritto vivente CEDU, non si attiene tanto all’obbligo di ottemperare alle condanne di Strasburgo (*ex art. 46 CEDU*), bensì all’art. 117, co. 1, Cost. e al dovere costituzionale per il legislatore statale (e regionale) di rispettare i vincoli internazionali (e comunitari). Ma se i *vincoli internazionali* da rispettare di cui parla tale disposizione costituzionale sono appunto quelli tipici del sistema CEDU, il quale però li indirizza *solo* nei confronti del legislatore nazionale (al pari di un trattato non *self-executing*), allora la Corte costituzionale non dovrebbe far altro che attendere l’intervento legislativo. La CEDU, potrebbe argomentarsi, in casi di sua violazione superabile solo con modifica legislativa interna, non impone altro che l’intervento del potere politico degli Stati membri (non dei giudici comuni né di quelli costituzionali). Questo è,

⁶⁴ Sent. n. 349/2007, punto 6.1, ult. cpv.

appunto, l'approccio seguito dalla Corte di giustizia dell'UE nei confronti dell'OMC. Del resto, sebbene l'art. 46 CEDU si apra a interpretazioni più ampie (vincolo per *tutti* gli organi degli Stati membri colpiti dalle condanne della Corte EDU)⁶⁵, né i giudici di Strasburgo né il Comitato dei Ministri ha mai patrocinato in modo chiaro simili letture più avanzate (si è visto, anzi, come sussistano buone ragioni di "flessibilità" per evitare un'indiscriminata autoapplicabilità del diritto giurisprudenziale CEDU: cfr. *supra*, § 1.2). Ne deriva che l'atteggiamento della nostra Corte costituzionale assume i toni intermedi di una moderata disponibilità a collaborare con i giudici CEDU, ritenendo relativamente autoapplicative le decisioni emesse dalla Corte EDU nei nostri confronti (e, più in generale, il diritto giurisprudenziale CEDU). L'autoapplicabilità della CEDU è contemporaneamente *patrocinata* e *limitata* dalla nostra Corte. È *limitata*, nel senso di escludere la disapplicazione giudiziaria della legge contrastante con il diritto CEDU. È *patrocinata*, nel senso di ammettere il valore di "parametro interposto" di costituzionalità del diritto CEDU a condizione che ciò non alteri il corretto equilibrio tra beni e interessi costituzionali imposto dalla nostra Costituzione.

Proprio con riguardo all'ipotesi appena evocata di una contrarietà tra parametro CEDU e parametro costituzionale, si è proposto in dottrina di evitare che ciò possa condurre alla parziale incostituzionalità della legge d'esecuzione della CEDU, secondo quanto invece prefigurato da C. cost. n. 348/2007. Si tratta di un metodo di aggiramento del conflitto ascrivibile alle tecniche della non autoapplicabilità. Con un approccio caso per caso, il giudice comune e la Corte costituzionale sarebbero chiamati a dichiarare "irrilevante" una norma della Convenzione tutte le volte in cui questa non possa atteggiarsi a parametro interposto *ex art.* 117, co. 1, Cost., per via della sua non conformità allo standard di tutela costituzionale interno⁶⁶. La proposta si inserisce tra le tecniche "formali" dell'autoapplicabilità, senza tuttavia nascondere il fondamento "sostanziale" di simile tecnica: il contrasto tra beni (o bilanciamenti) di due sistemi di tutela diversi dei diritti fondamentali. Per cui, regolando la manopola dell'effettività verso il basso *in singoli casi*, la tecnica permette di mantenere la legittimità *complessiva* del sistema esterno (la CEDU) nei suoi rapporti sempre più integrati con l'ordinamento interno.

⁶⁵ Cfr. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004, spec. 112 ss.

⁶⁶ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee...*, cit., 17 s., il quale rileva come ciò permetta di evitare lo sradicamento dall'ordinamento interno delle norme CEDU contrastanti con quelle costituzionali, posto che le norme della Convenzione, «seppur inadeguate in rapporto a un caso, possono nondimeno prestarsi a sommamente utili applicazioni in casi diversi».

2. *Efficacia e legittimità nel sistema di relazioni Stato-Regioni e legislatore-potere referendario*

Nel caso dei rapporti tra Stato e Regioni, il modello va in qualche modo aggiustato, ma la sostanza del problema resta omologa. Tanto più la disciplina statale tende a dettagliarsi, fondandosi sull'asserita necessità di un'implementazione immediata dei principi e degli obiettivi intrinseci alla riforma normativa, tanto più appare a rischio di legittimazione il sistema complessivo dei rapporti tra Stato e Regioni, posto che queste ultime finiscono per perdere quel ruolo "politico" che la Costituzione assegna loro (se non altro perché gli atti che esse sono abilitate a produrre, anche nelle materie concorrenti, recano il nome e il valore di "legge")⁶⁷.

Ma, con più aderenza allo schema degli ambiti relativi ai rapporti tra Corti dei sistemi "ad alta autoapplicabilità", ben potrebbe dirsi che, tanto l'intervento dello Stato si fa dettagliato e penetrante, tanto più la Corte dovrebbe essere chiamata a giudicare della bontà, in termini di adeguato bilanciamento di valori costituzionali, dei contenuti della riforma statale stessa⁶⁸.

⁶⁷ Il discorso riguarda non solo gli interventi legislativi statali nelle materie concorrenti ma anche nelle materie esclusive c.d. "trasversali", come la tutela dell'ambiente o della concorrenza, ove la legislazione statale, incidendo sulle materie residuali delle Regioni, si comporta in modo affine ai principi fondamentali delle materie concorrenti: cfr., ad es., C. cost. n. 315/2010, secondo cui la disposizione statale che, prima della riforma del Titolo V, valeva come principio fondamentale nella materia concorrente della caccia, oggi vale come standard di tutela dell'ambiente (competenza esclusiva *ex art.* 117, co. 2, lett. *s*), Cost.) vincolante nella materia "residuale" della caccia.

⁶⁸ Se i "principi fondamentali" della materia sono (sempre più spesso) decodificati dalla Corte come "punti di equilibrio" tra interessi costituzionalmente rilevanti, si comprende come – anche in questo ambito – la logica sia di tipo analogo agli ambiti del diritto UE, CEDU e OMC sopra affrontati: ciò che può legittimamente vincolare l'altro livello di governo non è riconoscibile a partire da forma – struttura autoapplicativa o meno di una norma – bensì a partire dall'equilibrio che realizza tra contrapposti interessi: cfr. R. BIN, F. BENELLI, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Regioni*, 2009/6, 1185 ss. (ove si citano C. cost. nn. 307 e 331/2003, 14 e 320/2004, 116 e 248/2006). La sent. n. 331/2003, in particolare, esclude la derogabilità *in melius* da parte delle Regioni di una normativa statale sulla tutela ambientale, perché finisce per alterare il bilanciamento tra concorrenti interessi (ambiente e proprietà privata, in particolare) deciso dal legislatore statale. Si affianchi il ragionamento della Corte a quello svolto dalla stessa con riguardo al diritto CEDU, per cui non basta fondare la prevalenza della CEDU sul maggior standard di tutela da essa offerta a un singolo diritto fondamentale, dovendosi invece verificare che non si spezzi l'equilibrio raggiunto dall'ordinamento (legislativo) interno nel bilanciamento tra concorrenti beni costituzionali (C. cost. n. 317/2009, sopra analizzata). Solo che, nel caso del diritto regionale, la Corte sembra (come meglio si dirà) arrestarsi sulla soglia della verifica dell'equilibrio, ritenendo intangibile il bilanciamento per il solo fatto che è stato deciso dal legislatore statale.

Si pensi al caso della “carta-acquisti” (c.d. *social card*), istituto creato e gestito da legislazione e amministrazione statali per far fronte agli effetti della crisi economica sulle fasce sociali più a rischio di povertà. Si tratta di un intervento, come la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto, rientrante nella materia residuale delle politiche sociali di spettanza regionale⁶⁹. La pretesa della Corte di ammettere invasioni statali delle competenze regionali risulta criticabile proprio per la mancata valutazione dell’adeguatezza di simile legge nel bilanciare i valori costituzionali in gioco. Quale grado di efficacia dimostra o ha dimostrato, infatti, l’intervento statale per alleviare il rischio di povertà di intere categorie di cittadini, utilizzando risorse che, astrattamente, sarebbero dovute confluire nelle finanze regionali?⁷⁰ Altrimenti detto: se quell’intervento statale in materie astrattamente spettanti alle Regioni ha senz’altro un costo, non è possibile continuare a legittimare simili sconfinamenti ignorando di valutarne l’intrinseca adeguatezza⁷¹. Legittimare gli sconfinamenti “a prescindere”, come ha fatto spesso la Corte, dà per scontato ciò che è, invece, da dimostrare: che lo Stato possa derogare una regola competenziale costituzionalmente fondata (la spettanza alle Regioni delle politiche sociali diverse da assistenza e previdenza obbligatorie), senza l’onere di dimostrare che la deroga produce un superiore livello di efficienza. Anzi, che produce l’unico livello di efficienza compatibile con i valori costituzionali in gioco⁷². Si dirà (come in effetti la Corte ha detto): l’inattuazione dell’art. 119 Cost. produce simili sconfinamenti e la Corte non può porvi rimedio⁷³. Resta, tuttavia, il rimedio meno costoso del coinvolgimento delle Regioni in sede di conferenze: uno stru-

⁶⁹ C. cost. n. 10/2010.

⁷⁰ Almeno secondo la giurisprudenza costituzionale che ha imposto allo Stato di attribuire alle regioni i finanziamenti previsti da leggi statali invasive di competenze regionali (sent. n. 423/2004, cit.: cfr. *supra*, Cap. III, § 2.5). Giurisprudenza a sua volta comprensibile partendo dal dato per cui, nell’inattuazione dell’art. 119 Cost., il sistema di relazioni finanziarie Stato-Regioni è ancora fondato su meccanismi di finanza derivata (cfr. sempre il Cap. III, §§ 2.5 e 2.6).

⁷¹ Diversamente, in alcuni casi in cui lo Stato ha invocato a fondamento del proprio intervento competenze c.d. “finalistiche” come la tutela della concorrenza, la Corte non si è astenuta dal giudicare sulla coerenza e la bontà della disciplina statale: esemplare la sent. 1/2008, punto 8.5, in cui si legge che la norma statale, «lungi dal costituire uno strumento indispensabile per tutelare e promuovere la concorrenza, contrasta con i principi comunitari e contraddice apertamente il fine (la tutela della concorrenza), che pur afferma di voler perseguire» (altri spunti in R. BIN, F. BENELLI, *op. cit.*, nt. 29).

⁷² Cfr. A. RUGGERI, “Livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in *www.forumcostituzionale.it*.

⁷³ C. cost. n. 10/2010, cit., punto 6.4.

mento che rende più equilibrato il rapporto tra effettività (discipline statali autoapplicative in ambiti competenziali regionali) e legittimità (adeguato bilanciamento tra unità e decentramento)⁷⁴.

Discorso analogo sembra potersi fare per la cedevolezza delle norme statali di dettaglio, tecnica che oggi sembra subire, nella giurisprudenza della Corte, una sorta di *damnatio memoriae*: ad essa tende a sostituirsi la tecnica apparentemente meno formalistica della “prevalenza delle materie”, per giustificare l’erosione di spazi politico-decisionali alle Regioni⁷⁵. Qui si vede quanto possa essere controproducente una critica indiscriminata alle “tecniche dell’autoapplicabilità” e al loro formalismo (ossia, al loro celare conflitti di portata costituzionale)⁷⁶. È senz’altro vero, infatti, che la Corte conìò la tecnica della cedevolezza della disciplina di dettaglio statale per evitare una serie di delicate questioni, prima fra tutte l’esigenza di imporre allo Stato un metodo di legislazione che garantisse alle Regioni una relativa certezza delle proprie competenze legislative⁷⁷. È altresì vero che, definendo casisticamente ciò che può ritenersi dettaglio normativo, la stessa Corte compie dei bilanciamenti criptati sul livello di differenziazione ammesso nella disciplina di certi beni e interessi costituzionali, ponderando esigenze di uniformità ed esigenze di autonomia.

⁷⁴ Cfr. ancora A. RUGGERI, “Livelli essenziali” delle prestazioni..., cit., critico verso la motivazione della Corte secondo cui la disciplina della *social card* può superare i vincoli imposti dalla leale collaborazione e dalla sussidiarietà in virtù dell’eccezionalità delle circostanze socio-economiche che è chiamata a fronteggiare, posto che l’eccezionalità dovrebbe essere solo *iniziale* e non dovrebbe influire sul sistema “a regime”, potendo e dovendo l’istituto in parola essere ricondotto entro gli istituti della leale collaborazione. Più equilibrata C. cost. 121/2010 (già evidenziata al Cap. III, § 2.6), secondo cui gli interventi in materia di diritti sociali da parte dello Stato non possono, sulla base della legittimazione offerta dalla logica “dei diritti”, sacrificare la *potestà legislativa piena* delle Regioni, dovendosi ritenere che, «finché non sarà data attuazione al sistema previsto dall’art. 119 Cost., si debbano ricercare forme concrete di bilanciamento dei principi di autonomia e di tutela dei diritti fondamentali di natura sociale, che comportino il minimo sacrificio possibile dell’uno e dell’altro. [...] Lo strumento prescelto nella norma censurata (*istituzione statale di un fondo vincolato per le politiche abitative*) per porre in equilibrio le potestà legislative dello Stato e della Regione, [...] non è irragionevole, giacché impone una procedura di codecisione nella gestione del Fondo e salvaguarda le politiche abitative regionali».

⁷⁵ Cfr. R. BIN, F. BENELLI, *op. cit.*, secondo i quali, oggi, il criterio della prevalenza costituisce «il principale indirizzo che orienta la Corte, e la orienta sempre e solo nel senso di rafforzare le competenze dello Stato». La giurisprudenza costituzionale si è attestata, infatti, sul criterio per cui, laddove v’è una prevalenza di materia, questa è sempre per la competenza esclusiva, mai per la residuale o concorrente, mentre le Regioni hanno ottenuto spazi solo quelle volte in cui la Corte ha deciso che non poteva rilevarsi *alcuna chiara* prevalenza di materie. Critiche sulla tecnica della “prevalenza” anche da parte di A. RUGGERI, “Livelli essenziali” delle prestazioni..., cit., 1.

⁷⁶ Cfr. Cap. I, § 4.

⁷⁷ A. PAOLETTI, *Leggi-cornice e Regioni...*, cit., spec. 40 ss.

Tuttavia, l'alternativa che sembra affermarsi a partire dalla riforma del Titolo V del 2001 non appare migliore della tecnica "formalistica" della cedevolezza delle norme statali di dettaglio. La "nuova" tecnica della "prevalenza" di una materia di competenza esclusiva statale su altre materie concorrenti o residuali con essa intrecciate appare ancora più incontrollata e incontrollabile di quella della cedevolezza⁷⁸. A ciò si aggiunga il fatto che tale tecnica determina esiti deteriori nei confronti delle Regioni (se prevale la materia esclusiva, non c'è più limite al dettaglio statale né quest'ultimo può ritenersi "cedevole", così come non c'è alcuna esigenza di leale collaborazione in caso di attrazione al centro di funzioni amministrative finalizzate ad attuare gli scopi della legge statale)⁷⁹.

Per il Referendum abrogativo il discorso è, in parte analogo, in parte diverso da quello appena svolto sulla materia regionale. Si rammenti il modello di analisi qui proposto: l'accresciuta effettività di un sistema normativo dovrebbe ingenerare un vaglio più rigoroso della legittimità di tale sistema normativo, nel suo complesso o nelle sue singole manifestazioni. Trasponendo il modello al referendum abrogativo, si pensi al già analizzato caso dell'inammissibilità del quesito abrogativo *totale* sulle legge in materia di procreazione assistita⁸⁰. La pretesa della Corte di sottrarre la legge a referendum (così come l'ammettere invasioni statali delle competenze regionali in tema di servizi sociali) si presta a serie critiche proprio per la mancata valutazione dell'adeguatezza di simile legge nel bilanciare i diritti costituzionali in gioco⁸¹. Altrimenti detto: l'aumento di "effettività" di un livello normativo (quello del legislatore rappresentativo) si produce a costo di limitare un altro livello (quello dell'abrogazione referendaria); il vantaggio che viene attribuito al primo, in termini di relativa inabrogabilità, dovrebbe allora innescare un "supplemento" d'istruttoria da parte della Corte, ossia un esame più approfondito circa

⁷⁸ Per uno dei rari casi in cui la Corte ammette la cedevolezza, cfr. C. cost. n. 176/2010, punto 12, in tema di formazione professionale, ove la Corte rigetta il ricorso delle Regioni contro la norma statale che prevede la stipula di convenzioni tra datori di lavoro e Università per l'attivazione dell'apprendistato di alta formazione, osservando che si tratta solo di una disciplina (*peraltro ragionevole*) riguardante solo le Regioni in cui non vi sia una disciplina in tale settore e di natura «cedevole», cioè una disposizione destinata a perdere efficacia nel momento in cui la Regione eserciti il proprio potere legislativo».

⁷⁹ Cfr. R. BIN, *Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. 411/2008*, in *Regioni*, 2009/3-4, 618 ss. (in cui si rileva la differenza dell'ultima giurisprudenza costituzionale rispetto a quella pregressa, ove la trasversalità delle materie esclusive valeva a renderle *non impermeabili* ad eventuali interventi regionali, evitando di "blindare" qualsiasi intervento legislativo statale che potesse, in via "prevalente", ricondursi a una competenza esclusiva).

⁸⁰ Cfr. C. cost. 45/2005, analizzata sopra (Cap. III, § 3.2).

⁸¹ Cfr. le critiche della dottrina (specie di A. RUGGERI), analizzate al Cap. III, § 3.

la legittimità complessiva dell'intervento legislativo. Del resto, la legge ordinaria viene posta al riparo dall'abrogazione referendaria *proprio* per il suo ancoraggio costituzionale (secondo la dottrina della Corte sulla "tutela minima" dei diritti, analizzata al Cap. III, § 3). Il che dovrebbe imporre alla Corte di verificare se l'*effettiva finalità* della legge sia davvero quella di *bilanciare* esigenze concorrenti e non invece quella di far prevalere un unico bene (la tutela dell'embrione) su quello/i immediatamente concorrente/i (la salute della donna e la possibilità di procreare).

Ci si potrebbe chiedere, sempre rimanendo nel modello qui proposto, come mai nel referendum la Corte si sia privata di quello strumento di flessibilizzazione che è l'autoapplicabilità intesa in senso largo e graduato: ammettere quesiti con la postilla che la loro natura è "non-autoplicativa" varrebbe, infatti, a evitare il punto critico della loro "legittimità". Al contrario, si è visto come la Corte abbia introdotto il *constraint* della necessaria autoapplicabilità di certi quesiti abrogativi, con ciò facendo scattare sempre la tagliola della loro legittimità costituzionale⁸². La differenza di approccio della Corte in questo ambito sta, forse, nel tipo di sanzioni all'eventuale inerzia del potere politico. Nel caso paradigmatico del diritto internazionale, ad es., la Corte può affermare che l'obbligo "esterno" resta in piedi, anche se il legislatore interno non abbia adottato alcuna misura perché la o le sanzioni proprie dell'ordinamento internazionale restano in piedi (possibilità di reazioni da parte di altri Stati, secondo la regola *inadimplenti non est adimplendum*; sanzioni "soft" di natura diplomatica, ecc.). Nel caso di un eventuale referendum "di principio", che abbia esiti cioè non autoapplicativi, la Corte ritiene implausibile che l'inerzia legislativa statale (la mancata ottemperanza al referendum da parte del potere legislativo) possa essere contrastata da adeguati strumenti sanzionatori, quali, ad es., la pressione politica del corpo elettorale e dell'opinione pubblica o la minaccia di uno scioglimento anticipato delle Camere inadempienti (cfr. Cap. II, § 3.3).

Potrebbe la Corte rivedere questa sua posizione e ammettere un approccio contestuale, distinguendo caso per caso quelle ipotesi in cui un referendum abrogativo vada ritenuto di "mero principio" e incapace di determinare immediate conseguenze normative? La soluzione appare ostacolata dalla legge sul referendum (l. 352/1970, art. 37, co. 3), laddove si prevede che il Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, possa differire l'effetto abrogativo fino a un massimo di sessanta giorni. La norma presuppone che, dalla pubblicazione

⁸² Ossia, determinando quell'anticipazione del giudizio di legittimità costituzionale sulla normativa di risulta più volte criticata in dottrina: cfr. Cap. III, §§ 3.1 e 3.2.

in Gazzetta ufficiale dell'eventuale esito positivo del referendum, l'abrogazione abbia luogo, senza che la Corte possa imporre un esito "sospeso" del referendum, secondo le logiche della *vigenza ma "non autoapplicabilità"* delle norme di principio. Il massimo che la Corte ha potuto fin qui fare è stato introdurre quella tecnica di giudizio volta a distinguere tra "impedimenti" all'abrogazione referendaria e meri "inconvenienti" dell'abrogazione referendaria⁸³. Il che è anche un modo di "graduare" la valvola dell'autoapplicabilità, rifiutando la logica del "tutto o niente": laddove dal responso popolare derivino delle lacune tecniche colmabili per via interpretativa (pur essendo preferibile quella legislativa), la Corte non nega l'ammissibilità del quesito⁸⁴.

3. *Efficacia e legittimità nell'autoapplicabilità dei diritti costituzionali*

3.1. *Tutela minima dei diritti inviolabili e risarcimento del danno non patrimoniale*

Non dovrebbe risultare troppo arduo, a questo punto, un parallelo tra gli ambiti sopra esaminati e quello della diretta applicabilità delle norme costituzionali sui diritti. L'adattamento del modello richiesto è dato dal concepire il livello costituzionale e quello legislativo come due sistemi distinti, sebbene coordinati, di tutela e "sanzione".

Partiamo dall'analisi di quella forma di autoapplicabilità che è la dottrina sulla tutela minima dei diritti e, in particolare, il caso della prassi giurisprudenziale formatasi sull'art. 2059 c.c. Interessante osservare come la diretta applicabilità della Costituzione valga, qui, a giustificare una indeterminata estensione dello strumento risarcitorio *speciale* (dei danni non patrimoniali) quale strumento di *effettività* della tutela dei diritti inviolabili costituzionalmente sanciti. I diritti, proprio per essere *invio­labili*, implicano quella garanzia minima, enucleata per *manipolazione* del previgente ordinamento legislativo (fra l'altro, nella sua parte più coerente e compiuta, quale il codice civile). Siamo, allora, in presenza di due sistemi e due livelli di sanzione. Il sistema proprio della Costituzione, in cui i diritti vengono proclamati *invio­labili* ma la cui violazione passa per meccanismi di tutela *sui generis* (l'annullamento di una legge, *in pri­mis*), si avvale di uno strumento sanzionatorio preso in prestito dal sistema legislativo – precostituzionale – del codice civile, di cui viene palesemente forzata l'interpretazione (vanificando la *ratio* selettiva dell'art.

⁸³ C. cost. 32 e 33/1993, cit.

⁸⁴ Cfr. *supra*, Cap. II, § 2.4.

2059 c.c.)⁸⁵. Si legga tuttavia l'ambiguo passo in cui la Cassazione (nelle note sentenze delle Sezioni Unite civili del 2008, analizzate al Cap. III) afferma che la risarcibilità del danno extrapatrimoniale non va garantita in caso di ostacoli alla libertà di circolazione. A quest'ultima, infatti, *non spetterebbe il rango di diritto inviolabile*, posto che tale diritto «può essere limitato per varie ragioni», secondo quanto previsto dallo stesso art. 16 Cost.⁸⁶. Il passo sembra malamente uscito di penna (come se i diritti costituzionali *inviolabili*, ammesso che possano essere agevolmente distinti da quelli costituzionali *non inviolabili*, fossero per tale loro qualificazione sottratti a limitazione alcuna). Dietro simile maldestra prudenza, tuttavia, si cela un atteggiamento restio a mostrare apertamente il potere di bilanciamento in concreto che ogni applicazione diretta della Costituzione inevitabilmente affida al giudice. Ma che tale potere di bilanciamento esista è la stessa Cassazione ad ammetterlo, proprio nel passo successivo a quello citato: per potersi avere risarcibilità dei danni non patrimoniali, la lesione ai diritti inviolabili deve essere *grave* e il danno *serio*, posto che «(i)l filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza (...). Pregiudizi connotati da futilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.)»⁸⁷.

È dunque il bilanciamento insito in simile regola della gravità della lesione ciò che vale a equilibrare effettività (della tutela costituzionalmente imposta) e legittimità.

3.2. *Il ruolo delle relazioni industriali nell'autoapplicabilità degli articoli 36 e 40 Cost.*

Altrettanto efficace l'applicazione del modello al caso del diritto di sciopero (ma anche del diritto alla giusta retribuzione, *ex art. 36 Cost.*). L'autoapplicabilità dell'art. 40 e dell'art. 36 Cost., in realtà, fa velo a una vicenda più complessa. Non si tratta tanto e solo del rapporto tra livello costituzionale e il livello legislativo di tutela e sanzione, bensì del rapporto tra sistema formale di legalità (costituzionale e legislativa) e sistema informale di autoregolamentazione delle relazioni industriali (capacità di gestire i conflitti da parte di sindacati e organizzazioni di categoria)⁸⁸. Le

⁸⁵ Cfr. *supra*, Cap. III, § 4.1.

⁸⁶ Cass., S.U. civ., sentt. 11 novembre 2008, nn. 26972, 73 74, e 75 cit., punto 3.10 della motivazione.

⁸⁷ (punto 3.11 del *Diritto*).

⁸⁸ Cfr. l'efficace affresco di G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, cit., sulla

norme e le relative sanzioni interne a tale secondo sistema sono, dalla Corte costituzionale e dai giudici comuni, percepite come adeguate (ad es. in tema di rispetto dell'autoregolamentazione sindacale degli scioperi nei servizi pubblici essenziali⁸⁹, ma anche in tema di rispetto del diritto a una giusta retribuzione dei lavoratori), il che permette di dichiarare immediatamente applicabile il diritto di sciopero (art. 40 Cost.), nonostante la mancata disciplina legislativa cui pure la Costituzione rimanda⁹⁰.

Se per la giusta retribuzione (art. 36 Cost.) il modello è sembrato, nel tempo, tenere (nonostante le parziali critiche mosse dalla dottrina), diverso è stato per lo sciopero, quando questo non veniva esercitato con l'adeguata garanzia dei beni e degli interessi costituzionali coinvolti (diritti inviolabili legati ai servizi pubblici essenziali). Il bilanciamento, in altre parole, non era o non appariva più adeguatamente garantito dal sot-

creazione dottrinarie del c.d. "ordinamento giuridico" delle relazioni industriali, relativamente impermeabile all'ordinamento giuridico statale.

⁸⁹ Cfr. specialmente C. cost. n. 222/1976. In dottrina, cfr. U. ROMAGNOLI, *Articolo 40*, cit., 304 ss., in cui si evidenzia la valorizzazione da parte della Corte del ruolo del sindacato nell'esercizio del diritto di sciopero, ma con giudizio sempre sospeso e revocabile circa la capacità del sindacato di autoregolamentare il conflitto (p. 313). La stessa Corte (sent. n. 54/1974) aveva escluso da tale apertura di credito alle capacità autoregolatrici del sindacato, i soggetti «non responsabili», ossia i Cobas, privilegiando il sindacato nazionale e centralizzato: cfr. ancora U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 320 s.

⁹⁰ Sia pure con i bilanciamenti compensativi operati dalla Corte con le decisioni manipolative sulla previgente disciplina penale repressiva dello sciopero (cfr. soprattutto C. cost. nn. 123/1962 e 31/1969). Si tratta, infatti, di bilanciamenti svolti proprio al fine di evitare che l'applicazione diretta dell'art. 40 Cost. potesse venir *delegittimata* dall'assenza di limiti all'esercizio del diritto di sciopero, a danno degli altri diritti costituzionali direttamente o indirettamente sacrificati dallo sciopero (la Corte parla del «l'assurdo di un diritto suscettibile di svolgersi per un tempo indeterminato all'infuori di ogni limite»: sent. n. 31/1969, punto 2). Cfr. l'analisi di V. ONIDA, *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, cit., 898 ss., specialmente 907 ss. Da rilevare come più volte la Corte abbia dovuto chiarire al giudice comune il suo onere di operare bilanciamenti, nei contenziosi sul diritto di sciopero: «(n)on è esatto quanto asserito in qualcuna delle ordinanze, che cioè *sfugga al potere del giudice la valutazione comparativa degli interessi*, quale si rende necessaria per la risoluzione delle controversie in materia, poiché a valutazioni siffatte l'organo giudicante necessariamente deve procedere tutte le volte che la formulazione delle norme da applicare le richieda» (sent. n. 31/1969, punto 3, corsivi aggiunti); «(s)ulla base dei criteri generali di valutazione, tratti dalla interpretazione sistematica data da questa Corte... all'art. 40 della Costituzione, ben avrebbero potuto i giudici di merito procedere alla applicazione dei criteri stessi al caso concreto e decidere circa la loro aderenza o meno alla situazione di fatto accertata (...). [Non avendo lo Statuto dei lavoratori] inteso sciogliere, in qualche modo, la riserva di legge contenuta nell'art. 40 della Costituzione, ... (c)ompete comunque, ai giudici di merito... stabilire se gli elementi di valutazione suespressi si adattino o meno ai casi stessi, ossia se essi incidano nell'ambito di quel ricordato complesso di diritti e di interessi che trovano nel titolo terzo della parte prima della Costituzione una loro organica e armonica collocazione» (sent. n. 1/1974): cfr. U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 306 s.

tosistema dell'autoregolamentazione sindacale. Nella perdurante assenza dell'intervento legislativo, la Corte si affidava, allora, a una sanzione "impropria" (perché frutto di manipolazione della normativa preesistente, diretta ad altri fini) costituita dal potere prefettizio d'ordinanza⁹¹ (con notevole stress per la riserva di legge contemplata dall'art. 40 Cost.)⁹². Sanzione impropria, ma ritenuta – a torto o a ragione – adeguata a garantire quel bilanciamento di diritti intrinseco a ogni politica giurisprudenziale dell'autoapplicabilità⁹³.

3.3. *Un caso paradigmatico di autoapplicabilità come bilanciamento: l'accessione invertita a favore della p.a.*

Un caso emblematico di diretta applicazione della Costituzione è quello della c.d. "accessione invertita", od "occupazione acquisitiva", istituto frutto di creazione giurisprudenziale⁹⁴ in base al quale la proprietà privata può essere acquisita dalla p.a. anche senza formale provvedimento di esproprio (l'unico, fino a quel momento, contemplato dalla legge, in aggiunta ai modi d'acquisto di diritto privato disciplinati dal codice civile). Il che può accadere nell'eventualità di una valida dichiarazione di pubblico interesse dell'opera (cui è finalizzata la procedura espropriativa mai conclusa) e in presenza di una irreversibile modificazione del fondo occupato. Da tale momento, per la Cassazione, il fondo privato passa in proprietà alla p.a. e al privato non residua che il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali così subiti, *ex art. 2043 c.c.*

L'operazione giurisprudenziale altamente creativa sull'accessione invertita è in qualche modo analoga a quella già vista sul risarcimento del danno non patrimoniale, *ex art. 2059 c.c.* Anche in questo caso non si è dato soverchio peso al fatto che la Costituzione preveda una riserva di legge per «i modi di acquisto» della proprietà e al fatto che il codice civile o le leggi speciali non contemplino simile istituto⁹⁵. Per superare i limiti della riserva di legge, l'operazione giurisprudenziale ha imputato direttamente alla *funzione sociale* della proprietà prevista dall'art. 42, co. 2, Cost., l'impossibilità di restituzione del bene al privato (che avrebbe

⁹¹ C. cost. n. 4/1977.

⁹² Cfr. *supra*, Cap. III, § 6.4.

⁹³ Non altrettanto adeguata si era dimostrata quella della sanzione penale irrogabile dal giudice soltanto *ex post*, con tutte le strettoie del processo penale: cfr. U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, 318; R. NANIA, *Sciopero e sistema costituzionale*, cit., 49 s.

⁹⁴ Cass., S.U. n. 1464 del 26 febbraio 1983, in *Foro it.*, 1983, I, 626.

⁹⁵ Cfr. A. GAMBARO, *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, cit., 411 ss. (che ritiene malposte le più rigorose critiche – della dottrina pubblicistica – fondate sulla riserva di legge, *ex art. 42 Cost.*).

comportato o la demolizione dell'opera pubblica costruita sul fondo o un suo problematico mutamento di destinazione), invertendo le regole codicistiche dell'accessione (art. 936 c.c.)⁹⁶.

Si è trattato, in realtà, di dare una risposta tutta pragmatica alle carenze di tutela del privato insite nella legislazione e nella prassi delle occupazioni d'urgenza, non seguite da rituale e tempestiva espropriazione. L'istituto giurisprudenziale, infatti, poneva rimedio al paradosso per cui, contro l'illegittimità di una procedura espropriativa, non si dava sanzione alcuna (o comunque *adeguata*)⁹⁷. L'applicazione diretta della Costituzione (in realtà, l'innesto tra Costituzione e codice civile) non corrispondeva alla indiscriminata prevalenza di un interesse su un altro, bensì valeva a incorporare un *bilanciamento* (tra esigenze di tutela della proprietà privata e interessi collettivi alla conservazione dell'opera pubblica). E tale autoapplicabilità funzionava proprio perché "bilanciava" beni contrapposti meglio di quanto non facesse la legislazione amministrativa sull'espropriazione (come interpretata dal giudice amministrativo), che consentiva l'atto di esproprio tardivo e con esso la vanificazione di ogni tutela del privato⁹⁸.

⁹⁶ Cfr. C. cost. 188/1995, punto 4.3., in cui l'accessione invertita viene configurata come modo di acquisto della proprietà «giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza "costituzionale" è ulteriormente conestata dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà».

⁹⁷ Accadeva infatti che, mentre pendeva il giudizio civile tra proprietario e p.a. (illegittimamente occupante), interveniva un decreto tardivo di esproprio "sanante" che vanificava l'intera azione giudiziaria eventualmente intrapresa dal privato: cfr. A. GAMBARO, *op. cit.*, 402 s., il quale parla di carenza di «una reazione giuridica adeguata» (ivi, 396 s.).

⁹⁸ L'istituto dell'accessione invertita, dichiarato più volte contrario alla CEDU dalla giurisprudenza di Strasburgo, è stato apparentemente soppiantato dall'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni (d.P.R. n. 327 del 2001), il quale prevedeva la possibilità: *a*) di adottare un provvedimento di acquisizione sanante (in cui la p.a. riconosce la prevalenza sul diritto di proprietà privata del pubblico interesse alla conservazione dell'opera illegittimamente realizzata); *b*) che il giudice amministrativo, chiamato dal privato ad annullare un simile provvedimento di acquisizione sanante, potesse escludere, su istanza della stessa p.a., «(la) restituzione del bene senza limiti di tempo» (sic!). Sostanzialmente, si riproducevano tutti i problemi di incertezza sulla sorte dei propri beni – cui la creazione giurisprudenziale dell'accessione aveva tentato di porre rimedio – già ampiamente stigmatizzati dalla Corte EDU, posto che sarà solo in esito alla sentenza del giudice che potrà aversi la definitiva certezza sulla giuridica disponibilità del bene. Il meccanismo introdotto dall'art. 43, cit., è stato di recente colpito da incostituzionalità per violazione dei limiti della delega da parte del d.lgs. n. 327/2001 (C. cost. n. 293/2010). I profili di contrarietà alla norma costituzionale sul diritto di proprietà, combinata con quella sul diritto di difesa e del giusto processo, così come quelli di contrarietà alla CEDU, sono stati ritenuti assorbiti dal giudizio svolto sul solo parametro dell'art. 76 Cost. Non è chiaro se ciò comporti la "reviviscenza" dell'accessione invertita.

Si è trattato di un equilibrio instabile, su cui hanno negativamente influito anche fattori esogeni, e che non ha retto alla “sfida del tempo”⁹⁹. Quello che vale la pena notare è, però, il sostanziale rifiuto della nostra Corte costituzionale a farsi carico dei disequilibri venutisi a creare all'interno dell'istituto dell'accessione invertita¹⁰⁰ e, in parte, di perseverare in questa “cecità” anche dopo le inequivocabili condanne della Corte EDU¹⁰¹.

⁹⁹ In dottrina, sono state rilevate le perverse connessioni tra la situazione di incertezza circa il valore degli indennizzi espropriativi, creatasi all'indomani della sentenza d'incostituzionalità del criterio del valore agricolo del fondo espropriato (C. cost. n. 5 del 1980), e la prassi delle occupazioni d'urgenza (preludio all'accessione invertita) da parte della p.a. Posto che l'indennità di occupazione era (ed è) ancorata all'indennità definitiva d'esproprio, nell'incertezza sul come il legislatore avrebbe determinato quest'ultima al fine di colmare la lacuna creata dalla sentenza della Corte n. 5/1980, cit., i funzionari responsabili delle stime fissarono le indennità d'occupazione su valori irrisori, per non incorrere nella responsabilità erariale che sarebbe conseguita laddove il loro calcolo si fosse rivelato, *ex post*, eccessivo. Il che rese pressoché inevitabile il ricorso all'autorità giudiziaria (A. GAMBARO, *op. cit.*, 400 s.). Non solo. All'inerzia legislativa la Cassazione reagì colmando la lacuna sugli indennizzi d'esproprio con il vecchio criterio del valore venale della l. n. 2359 del 1865, che rese gli indennizzi espropriativi di poco inferiori a quanto la p.a. avrebbe dovuto risarcire in caso di accessione invertita, con il paradosso di rendere più allettante per la p.a. un'occupazione illegittima rispetto a un'espropriazione regolare, nella speranza che il proprietario esercitasse oltre i cinque anni di prescrizione l'azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. (*ibidem*, 405 s.).

¹⁰⁰ Il “disequilibrio” maggiore essendo quello del rischio insito nella prescrizione breve per esperire l'azione risarcitoria contro la p.a., a partire dal momento in cui avviene il passaggio di proprietà (l'irreversibile modifica del bene), rischio ritenuto dalla Corte insussistente (C. cost. n. 188/1995, punto 4.5), nonostante le critiche dottrinarie (A. GAMBARO, *op. cit.*, 405 s.). Difficile per la Corte EDU giungere alla stessa conclusione, dopo aver preso atto delle odisse giudiziarie attraversate dai ricorrenti (cfr. i casi *Belvedere* e *Carbonara*, del 2000). L'altro disequilibrio fu creato dalla legge che decurtava di molto l'entità dei risarcimenti dovuti per l'occupazione acquisitiva, con ciò neutralizzando il deterrente contro le espropriazioni irregolari costituito dal maggior esborso per la p.a. rispetto a un'espropriazione regolare. La Corte costituzionale si rifiutava di stigmatizzare simile squilibrio, negando che il problema, pure esistente, fosse di sua “competenza”: «la vastità del fenomeno delle occupazioni acquisitive e la abnorme frequenza di mancata conclusione regolare delle procedure espropriative in alcune zone e regioni deve indurre gli organi titolari delle azioni di responsabilità, nelle diverse sedi, a verificare la sussistenza di ipotesi di dolo» (C. cost. n. 148/1999, punto 11). Di opposto avviso la Corte EDU, la quale ha supportato il suo giudizio sull'incompatibilità dell'accessione invertita rispetto al diritto di proprietà proprio insistendo sulla potenziale *irresponsabilità* che l'istituto crea a favore della p.a. (casi *Belvedere* e *Carbonara*, del 2000). La Corte EDU colpisce, così, un punto debole della ricostruzione «rimediale» operata dalla Cassazione attraverso la creazione dell'accessione invertita: per la Cassazione, infatti, il maggior esborso dovuto dalla p.a. al privato, in caso di espropriazione irregolare, avrebbe dovuto comportare l'inevitabile responsabilità erariale del funzionario (Cass., sez. un., n. 1464 del 1983, cit.), il che veniva però inesplicabilmente contraddetto dai successivi orientamenti della Cassazione che negavano la responsabilità erariale in simili frangenti (A. GAMBARO, *op. cit.*, 404 s.).

¹⁰¹ Cfr. gli equilibrismi di C. cost. n. 349 del 2007 (punti 7 e 8), in cui, da un lato, si riconosce che l'occupazione d'urgenza «è divenuto un passaggio normale della procedura

Quanto rilevato da ultimo, ci consente di formulare un'osservazione di sistema, comune agli ambiti sopra analizzati: la diretta applicabilità delle norme passa per una necessaria e ineliminabile creatività giurisprudenziale. Creatività con cui si mira a rendere "bilanciati" – alla luce dei vincoli costituzionali – determinati assetti normativi. Se non si raggiunge o non si mantiene simile "bilanciamento", l'operazione autoapplicativa non nasce o non è durevole. Gli squilibri verificatisi all'interno della giurisprudenza comune e costituzionale sull'accessione invertita che si sono appena rammentati bene rappresentano un esempio di come i giudici possano spesso avere la pretesa di non pagare debiti di coerenza con l'opera da essi stessi intrapresa nel passato. Ossia la pretesa di non correggere l'impalcatura da essi stessi costruita nell'intento di bilanciare sottinsiemi normativi sbilanciati. Tutto sommato, affine all'accessione invertita è il caso già visto degli effetti sperequati derivanti dalle sanzioni dell'OMC, in cui assistiamo al rifiuto della Corte di giustizia di porre rimedio ai disequilibri che discendono *anche* dalla propria dottrina sulla totale assenza di effetti giuridici interni delle norme dell'OMC (cfr. *supra*, §§ 1.3 e 1.4).

4. *La variabile del canale di dialogo con il sistema politico*

Si è già evidenziato, al Capitolo I, come l'autoapplicabilità sia in gran parte debitrice dei possibili canali che possono instaurarsi tra giudici del caso e Corti "di vertice" (specialmente Corte costituzionale e

espropriativa», senza stigmatizzare in alcun modo il pericoloso nesso tra questo istituto e quello dell'accessione invertita; da un altro lato, si afferma che la pronuncia non può che limitarsi ad affrontare il solo profilo della misura risarcitoria dovuta in caso di accessione invertita, senza cenni o moniti al legislatore che chiariscano la posizione della Corte rispetto al più rigido orientamento di Strasburgo nei confronti dell'accessione invertita globalmente considerata, limitandosi a dire che la normativa CEDU (non l'art. 42 Cost.) «è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato». Va rilevato che, dopo le condanne di Strasburgo, la Cassazione sembra assai prudente nell'applicare la «tagliola» della prescrizione dell'azione risarcitoria contro un'accessione invertita: cfr. Cass. civ., sez. I, sent. 14 febbraio 2008, n. 3700 (che, con elevato antiformalismo, ritiene discendere direttamente dalla Costituzione l'obbligo di indennizzare il privato, quale che sia il meccanismo formale attraverso cui avviene il passaggio in mano pubblica della proprietà – cessione volontaria, esproprio, accessione invertita – posto che l'art. 42, co. 3, Cost. «subordina la legittimità del sacrificio richiesto al privato, alla corresponsione di un indennizzo»). Si è già accennato alla recente incostituzionalità dell'istituto della occupazione sanante (art. 43 del T.U. sulle espropriazioni, d.lgs. n. 327/2001) per opera di C. cost. n. 293/2010, la quale però sembra aver lasciato impregiudicata la questione della contrarietà del diverso istituto giurisprudenziale dell'accessione invertita con la CEDU.

Corte di giustizia), gli uni responsabili prevalentemente dell'interpretazione e applicazione del livello legislativo, le altre di quello "costituzionale"¹⁰². Si è visto come entrambe le tipologie di giudici, in realtà, cooperano nell'innestare disposizioni normative dei due livelli normativi, in modo da produrre norme applicabili al caso concreto. Quello che, nei paragrafi precedenti, si è cercato di chiarire ulteriormente è il fatto che simile innesto tra livelli normativi distinti costituisce anche una tecnica di bilanciamento tra beni e interessi "costituzionali". In assenza di tale bilanciamento, l'autoapplicabilità di norme di rango superiore (costituzionale) o comunque aspiranti a prevalere su un diverso sistema normativo (norme UE e CEDU) comporterebbe un'illimitata prevalenza di determinati beni e/o interessi a scapito di altri (il diritto costituzionale di sciopero a scapito di altri diritti coinvolti; il diritto di proprietà a scapito della funzione sociale della proprietà stessa; ecc.). Se si deve far a meno del legislatore, in altre parole, occorre surrogarne l'opera di implementazione delle norme di principio rimaste inattuata, che è appunto sempre opera di bilanciamento di interessi in conflitto potenziale¹⁰³.

¹⁰² Nozione estensibile – con i dovuti adattamenti – anche al diritto dell'UE e della CEDU, meno al diritto dell'OMC, ancor meno al diritto internazionale nonché al diritto delle Nazioni Unite, per l'incomparabilità del ruolo della Corte internazionale di Giustizia con quella delle Corti europee, mentre rispetto agli organi paragiurisdizionali OMC le distanze sembrano accorciarsi.

¹⁰³ Cfr. C. cost. n. 173/2009, in cui la Corte colpisce la norma sulla distruzione delle intercettazioni telefoniche illegittime ricorrendo a una manipolazione della stessa (incostituzionalità *nel punto in cui* non si prevede che la decisione incidentale del giudice sulla distruzione delle intercettazioni avvenga con contraddittorio pieno seguito da una verbalizzazione adeguatamente articolata). La Corte osserva che la disciplina colpita (art. 240, co. 4, 5 e 6, c.p.p., come modificati dalla l. n. 281/2006) persegue lo scopo legittimo di garantire la riservatezza dei soggetti illegittimamente intercettati attraverso la distruzione del corpo del reato (le intercettazioni), scopo che deve però contemperarsi con il diritto al contraddittorio e alla prova dell'accusato e della parte lesa. Questi diritti rischiano di venire travolti da una distruzione del corpo del reato priva degli adeguati accorgimenti necessari a garantire il corretto esito del processo nel merito. Per la Corte, tuttavia, con l'annullamento secco della norma deriverebbe che «ad uno squilibrio... se ne sostituirebbe un altro, giacché... le regole del processo e l'insicurezza della tenuta del segreto degli atti custoditi negli uffici giudiziari esporrebbero le vittime ad un pericolo di divulgazione contrario alla *misura minima di tutela* della riservatezza delle persone». L'incostituzionalità può, allora, essere pronunciata proprio perché (e fintanto che) essa vale a fissare «il *punto di equilibrio* tra le diverse e potenzialmente opposte esigenze, tutte costituzionalmente protette, che vengono in rilievo. Diversi e migliori equilibri possono essere individuati dal legislatore – dotato di poteri innovativi non istituzionalmente attribuiti a questa Corte – nel rispetto dei diritti e dei principi evocati nel presente giudizio» (punto 6.2, corsivi aggiunti). Andamento non dissimile ha la sent. n. 227/2010, cit., sul mandato d'arresto europeo, in cui la Corte conclude per l'incostituzionalità della norma interna che non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese UE legittimamente residente o dimorante in Italia, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia, aggiungendo

Non sarebbe, tuttavia, corretto trascurare un aspetto ulteriore relativo al tema dei raccordi, che è appunto quello dell'esistenza o meno di un dialogo tra le Corti (quella costituzionale e le Corti UE e CEDU) e il potere politico, nelle varie forme in cui quest'ultimo è declinabile. Le Corti in questione operano con modalità differenti a seconda della presenza o meno di un dialogo (attuale o potenziale) con l'interlocutore politico.

4.1. *Il caso delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle N.U. dinanzi alle Corti europee*

Per illustrare il punto in questione vorrei ricorrere a due esempi giurisprudenziali relativi al diverso approccio adottato dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia in materia di Risoluzioni del Comitato di Sicurezza delle N.U.

Il primo rappresenta un esempio apparentemente chiaro di "monismo", in cui la Corte EDU ha praticamente dichiarato la totale soggezione del sistema CEDU a quello delle Nazioni Unite e all'incondizionata vincolatività delle Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (Cap. VII della Carta delle N.U.). Il caso era relativo alla violazione dei diritti fondamentali lamentata da alcuni ricorrenti che denunciavano l'operato delle forze militari di alcuni Stati del Consiglio d'Europa presenti in Kosovo e in Serbia-Montenegro ed ivi svolgenti missioni armate sulla base di Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle N.U.¹⁰⁴. Il monismo mostrato dalla Corte EDU in tale frangente consisterebbe nel ritenere la legittimazione della CEDU (e dunque anche la propria) derivata dall'ordinamento internazionale, all'interno del quale le N.U. e le loro decisioni vincolanti rivestirebbero una posizione gerarchicamente sovraordinata a tutti gli impegni convenzionali degli Stati¹⁰⁵.

Diverso, per non dire opposto, è stato l'approccio della Corte di giustizia, relativamente alla sindacabilità degli atti comunitari adottati in

che «(r)esta riservata... al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al non cittadino del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (punto 9).

¹⁰⁴ Cfr. i casi *Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, dichiarati inammissibili dalla Grande Camera con decisione del 2 maggio 2007, in cui la Corte EDU ha affermato di non poter sindacare l'operato degli Stati membri della Convenzione, quando questi agiscono in ottemperanza delle Risoluzioni del C.S. delle N.U., non potendo essa subordinare a condizioni l'implementazione di tali Risoluzioni. Cfr. le critiche di G. DE BÚRCA, *op. cit.*, 19 ss.

¹⁰⁵ Cfr. ancora G. DE BÚRCA, *op. cit.*, 38 s.

esecuzione di un'altra Risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU. Nel noto caso *Kadi*, sul mancato rispetto dei diritti fondamentali da parte del Regolamento CE volto a implementare le sanzioni economiche dello stesso Consiglio di Sicurezza contro gli individui sospettati di finanziare il terrorismo islamico, la Corte di giustizia avrebbe infatti mostrato più coraggio della Corte EDU¹⁰⁶. A differenza di quest'ultima, la Corte di giustizia ha ritenuto sindacabile l'operato con cui gli organi politici dell'UE hanno ottemperato alle decisioni delle Nazioni Unite, in virtù dell'autonomia e della separatezza dell'ordinamento UE rispetto a quello internazionale e a quello delle N.U. L'approccio dualista, contrapposto a quello monista della Corte EDU, avrebbe permesso allora un sindacato indiretto (o mascherato) sulla legittimità delle sanzioni decise nell'ordinamento ONU¹⁰⁷.

Analizziamo più a fondo la differente posizione tenuta dalle due Corti europee. In entrambi i casi esse erano chiamate a svolgere uno stesso ruolo "costituzionale", nel senso di tutela contromaggioritaria dei diritti fondamentali. La loro differenza di approccio può e forse deve essere letta al di là degli schemi teorici del monismo/dualismo. Una migliore chiave di lettura può essere la diversa possibilità per le due Corti europee di attivare un canale di dialogo con il potere politico. Per comprendere questa impostazione, si ponga mente a quanto prudente sia stata, dal punto di vista pratico, la Corte di giustizia nel caso *Kadi*: essa è giunta a limitare gli effetti temporali della propria decisione (sull'illegittimità del Regolamento CE attuativo della Risoluzione delle N.U.) proprio al fine di ovviare ai rischi di un *vuoto di tutela* contro i pericoli del terrorismo islamico¹⁰⁸. Nel far questo, la Corte di giustizia ha sottolineato

¹⁰⁶ Cause riunite C-402/05 P e 415/05 P, del 3 settembre 2008, cit., di parziale annullamento del Regolamento (CE) n. 881/2002, *che impone specifiche misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità associate a Osama bin Laden, alla rete Al-Qaeda e ai Talebani*.

¹⁰⁷ Cfr. G. DE BÚRCA, *op. cit.*, 33 ss.

¹⁰⁸ La Corte di giustizia ha concluso la sua decisione (§§ 373-376), affermando che: *a*) «l'annullamento... del regolamento... con effetto immediato potrebbe arrecare un pregiudizio grave ed irreversibile all'efficacia delle misure restrittive imposte da tale regolamento e che la Comunità è tenuta ad attuare, dal momento che, nel lasso di tempo che precede la sua eventuale sostituzione con un nuovo regolamento, il sig. Kadi e la Al Barakaat potrebbero assumere provvedimenti per evitare che possano esser loro nuovamente applicate misure di congelamento di capitali»; *b*) la natura procedurale dei vizi del regolamento (assenza di contraddittorio nell'applicazione delle sanzioni) non esclude «che, nel merito, possa comunque rivelarsi giustificata l'applicazione di tali misure ai ricorrenti»; *c*) pertanto, «devono essere mantenuti gli effetti del regolamento controverso, nella parte in cui esso include i nomi dei ricorrenti nell'elenco costitutivo del suo allegato I, per un breve periodo, che dev'essere stabilito in modo tale da consentire al Consiglio di porre rimedio alle violazioni constatate, ma che

come il legislatore interno (Consiglio dell'UE) abbia il potere/dovere di adattare ai vincoli costituzionali dell'ordinamento UE (tutela dei diritti fondamentali) l'attuazione delle Risoluzioni ONU. Limitare gli effetti demolitori della propria decisione è, allora, servito alla Corte UE per intimare una correzione di rotta al proprio potere politico senza però minare direttamente gli obiettivi perseguiti dalle Nazioni Unite.

Non così si è profilata la situazione per la Corte EDU nei casi *Behrami* e *Saramati*, cit., dove si trattava di fronteggiare senza mediazioni la decisione politica delle N.U. volta a investire le forze militari nazionali delle missioni "di pace" in Kosovo e in Serbia-Montenegro. Assai arduo ipotizzare, per la Corte EDU, la possibilità di comunicare, sia pur indirettamente e forzando i singoli Stati, con il livello politico delle Nazioni Unite, con il quale né la Corte EDU né il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (supervisore dell'esecuzione delle condanne irrogate dalla Corte) intrattengono rapporti istituzionali. Il che è confermato dal diverso approccio tenuto dalla stessa Corte EDU in un caso perfettamente sovrapponibile alla citata giurisprudenza *Kadi* della Corte di giustizia. In un giudizio contro l'Irlanda per l'esecuzione delle sanzioni economiche contro i sospetti sostenitori del terrorismo islamico, la Corte EDU non ha affermato l'insindacabilità del regolamento CE attuativo della Risoluzione ONU che tali sanzioni imponeva¹⁰⁹. Essa si è invece limitata ad affermare che, fino a quando nel sistema comunitario la violazione dei diritti sia affrontata con rimedi equivalenti a quelli della CEDU, la Corte EDU si asterrà dall'operare un proprio sindacato su atti esecutivi di decisioni comunitarie. Qui la differenza sta, appunto, nella possibilità di concentrare il proprio giudizio su un atto comunitario (oggi dell'UE) e di intessere un dialogo indiretto con le autorità politiche dell'UE, che già in passato si erano dimostrate disponibili a realizzare (o almeno a non opporsi a) gli obblighi di risultato derivanti dalle condanne della Corte EDU¹¹⁰.

tenga altresì debito conto della rilevante incidenza delle misure restrittive di cui trattasi sui diritti e sulle libertà dei ricorrenti» (periodo fissato dalla Corte nel massimo di tre mesi dalla sentenza). A ciò ha fatto seguito un regolamento della Commissione (e non del Consiglio) correttivo del regolamento contestato, in cui si è dato atto della possibilità concessa ai ricorrenti di prendere visione delle motivazioni con cui erano state decise le sanzioni nei loro confronti e di reagirvi, e del fatto che le controdeduzioni dei sospetti non avevano indotto la Commissione stessa a revocare le sanzioni (Regolamento CE n. 1190/2008). Cfr. le osservazioni parzialmente critiche di O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in DPCE 2009, 168 ss.

¹⁰⁹ Caso *Bosphorus Airways c. Irlanda*, del 7 luglio 2005, cit.

¹¹⁰ Cfr. il caso *Matthews c. Regno Unito*, del 18 febbraio 1999, in cui in cui il Regno Unito è stato condannato dalla Corte EDU per aver escluso il territorio di Gibilterra (for-

4.2. *L'OMC quale sede di decisione politico-legislativa sovranazionale?*

Quanto affermato circa l'importanza di un canale politico di interlocazione può cogliersi anche sotto un differente profilo. Un sistema (di stampo internazionalistico), all'interno del quale non esista solo una funzione di sindacato giurisdizionale competente all'accertamento delle violazioni delle norme "di principio" di quel sistema, bensì anche una funzione decisionale di coordinamento politico tra i membri del sistema, può innescare una tendenza nell'organo giurisdizionale a svolgere funzioni non solo di sindacato, appunto, ma anche di stimolo alla funzione decisionale.

Lo schema esemplare è quello della strategia giurisprudenziale perseguita dalla Corte di giustizia al fine di indurre il legislatore comunitario ad adottare misure di armonizzazione nel settore della produzione delle merci. Si tratta della nota giurisprudenza che ha vietato agli Stati di introdurre limiti alla libera circolazione delle merci invocando esigenze di tutela della salute dei consumatori (o altre esigenze imperative) laddove le merci esportate avessero rispettato gli standard di tutela fissati negli Stati di produzione (c.d. dottrina *Cassis* sul principio del "mutuo riconoscimento")¹¹¹. Tale politica giurisprudenziale è stata efficacemente interpretata come uno stimolo volto a incentivare politiche comuni degli Stati membri in materia di tutela dei consumatori, dell'ambiente e simili, e a rendere improduttive le politiche nazionali *unilaterali* volte a bloccare prodotti stranieri. Una politica giurisprudenziale diretta, cioè, non solo e non tanto a colpire la regolamentazione nazionale della produzione delle merci in ossequio a spinte di deregolamentazione, bensì a stimolare l'uso

malmente colonia britannica) dalle elezioni per il Parlamento europeo, con ciò violando il diritto a libere elezioni *ex art. 3, Prot. I, della CEDU*. A nulla è valso, per la Corte, che simile esclusione fosse sancita da una fonte di diritto comunitario primario (l'allegato I all'atto del 1976 relativo all'elezione dei rappresentanti al Parlamento europeo, allegato alla decisione del Consiglio del 20 settembre 1976, 76/787/CECA, CEE, Euratom) e che detta esclusione potesse, in qualche modo, ritenersi imposta dalle stesse disposizioni del previgente TCE (trasfuso nell'attuale TFUE) che garantiscono l'elettorato al Parlamento europeo *solo ai cittadini* degli Stati membri (quali non sarebbero gli abitanti di Gibilterra). Alla condanna di Strasburgo ha fatto seguito un impegno unilaterale del Regno Unito a modificare la propria legislazione elettorale, di cui il Consiglio e la Commissione UE hanno *preso atto* (dichiarazione del 18 febbraio 2002, allegata alla decisione del Consiglio 2002/772, con cui è stato riformato l'atto del 1976). A seguito della modifica della legge elettorale interna del Regno Unito, la Spagna ha fatto ricorso alla Corte di giustizia, la quale ha ritenuto legittima simile riforma elettorale, anche e specialmente in virtù dei *vincoli derivanti dalla CEDU*, giungendo a ritenere che gli Stati sono, in casi particolari, liberi di concedere agli individui soggetti alla propria giurisdizione il diritto di voto al Parlamento europeo, anche se privi di cittadinanza: decisione nella causa C-145/04, del 12 settembre, su cui cfr. G. E. VIGEVANI, *Diritti di elettorato, tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 2007/1, 176 ss.

¹¹¹ Decisione nella causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG*, del 20 febbraio 1979.

di uno strumento politico (legislazione comunitaria di armonizzazione sugli standard di tutela uniformi) che il sistema offriva ma che era sottoutilizzato dagli Stati¹¹².

Proviamo a leggere l'evoluzione dell'OMC alla luce dello schema appena visto. L'ardire a volte mostrato dagli organi "paragiurisdizionali" dell'OMC, dopo la riforma e il superamento del sistema del GATT, può leggersi proprio come un utilizzo della sanzione giurisprudenziale in senso "acceleratorio" del processo decisionale in seno all'OMC stesso (o più genericamente, in seno ad altre sedi internazionali di mediazione politica). All'interno del sistema dell'OMC sono infatti negoziabili accordi su standard minimi internazionali, paragonabili alle misure di armonizzazione adottate in seno alla Unione europea¹¹³. Il che ha indotto a paragonare questa giurisprudenza OMC con la citata strategia della Corte di giustizia volta a sollecitare misure di armonizzazione nel settore della produzione delle merci¹¹⁴. È avvenuto, in altre parole, un mutamento isti-

¹¹² Cfr. M.P. MADURO, *We, the Court*, cit., 33, 108. Alla giurisprudenza della Corte reagì la Commissione, con un programma di armonizzazione del mercato interno non consistente nella mera trasposizione del criterio coniato dalla Corte di giustizia, la quale, a sua volta, non intraprese un braccio di ferro col potere politico comunitario, ma relativizzò la propria dottrina del "mutuo riconoscimento", in ossequio alle limitazioni ammesse dalle successive direttive comunitarie. Con ciò la Corte avrebbe dimostrato che il suo vero obiettivo era quello di stimolare la decisione politica, non quello di irrigidire la propria interpretazione del Trattato. Qualcosa di simile si è avuto anche nell'ambito delle tutele del lavoro e dei diritti sindacali, ove la Corte di giustizia ha ritenuto compatibili le restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi causate da norme nazionali di tutela del lavoro a patto che l'interesse avuto di mira da tali norme *non sia già tutelato dalle norme dello Stato membro in cui il prestatore di servizi è stabilito* (casi *Arblade*, C-369/96 del 1999; *Mazzoleni*, C-165/98 del 2001; *Finalarte*, C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 del 2001; *Portugaia Construções*, C-164/99 del 2002, su cui cfr. l'*excursus* di U. CARABELLI, *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione europea* (§ 1), in *www.europeanrights.eu*).

¹¹³ Quali gli accordi SPS (Agreements on Sanitary and Phytosanitary Measures), TBT (Technical Barriers to Trade), ecc.

¹¹⁴ Cfr. J.H. WEILER, *Epilogue: Towards a Common Law of International Trade*, cit., 230 s., il quale, tuttavia, non ritiene realistico importare nell'OMC la logica "costituzionale" della UE: come dare forza costituzionale a «standards adopted by faceless officials and enforced by adjudicatory bodies whose legitimacy is a matter of some considerable delicacy»? Similmente A. VON BOGDANDY, *op. cit.*, 405 s., ritiene non plausibile che possa svilupparsi un efficiente e legittimato livello transnazionale di produzione normativa a livello OMC, il che rende contraddittoria e controproducente una politica giurisprudenziale degli organi OMC mirante a patrocinarne gli effetti diretti delle norme OMC. In termini più possibilisti, invece, si esprime J. P. TRACHTMAN, *Constitutional Economics of the World Trade Organization*, cit., 217 s., che teorizza un possibile "effetto a cascata" innescato dall'instaurazione di sistemi "forti" di contenzioso internazionale nei confronti di ancora deboli sistemi di produzione normativa "transnazionale" (diversa e più vincolante di quella "intergovernamentale"), in analogia con l'evoluzione impressa al procedimento decisionale comunitario dalla dottrina della Corte di giustizia su effetti diretti e supremazia.

tuzionale che ha fornito una sorta di “sponda politica” all’operato degli organi del contenzioso OMC. Agli strumenti di sola “integrazione negativa” di cui era dotato il vecchio GATT, si sono affiancati quelli di “integrazione positiva” introdotti con l’OMC¹¹⁵. Si tratta di un mutamento istituzionale tale da permettere agli organi paragiurisdizionali OMC, almeno sulla carta, un sindacato più rigoroso e stringente sulle misure statali limitative del commercio internazionale¹¹⁶.

Il problema sta, però, nella “qualità” della decisione politica e delle sue procedure. Per la decisione politica comunitaria (e oggi dell’U.E.), le critiche al c.d. “deficit democratico” sono state in parte arginate con l’accreciuto ruolo del Parlamento europeo e all’aumento costante delle materie affidate al procedimento di codecisione¹¹⁷. Per l’OMC, invece, il “deficit democratico” è ancora un grave scoglio¹¹⁸. Nonostante tutte le possibili critiche, tuttavia, alcuni casi emblematici sembrano fondare l’impressione che le negoziazioni *multilaterali* dell’OMC siano meno

¹¹⁵ La negoziabilità entro l’OMC di accordi sugli standard minimi internazionali sopra citati costituisce uno strumentario di “integrazione positiva” mediante il diritto che rende sensibilmente diversa l’OMC dal previgente GATT del 1947, fondato appunto sulla mera “integrazione negativa” (cfr. E.-U. PETERSMANN, *op. cit.*, 1365). Sul concetto di “integrazione negativa” contrapposta a quella “positiva”, cfr., tra gli altri, G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, New York 2005, specialmente 145 ss.).

¹¹⁶ Come già accennato, nel caso *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp...*, §§ 166 ss., cit., l’Appellate Body ha rimproverato agli Stati Uniti il non essersi adoperati per il raggiungimento di accordi multilaterali o bilaterali volti a fissare standard comuni in materia di pesca di certi prodotti ittici (fra l’altro, seguendo i rilievi mossi dalla Comunità europea, intervenuta nella causa: § 73): cfr. J. SCOTT, *On Kith and Kine (and Crustaceans)...*, cit., 137 ss.; nel caso *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, del 16 gennaio 1998, lo stesso organo giurisdizionale dell’OMC ha rimproverato la Comunità europea di aver adottato standard (divieto di importazione di carne contenente ormoni) incompatibili con quelli già fissati nell’accordo, raggiunto in seno all’OMC, sull’applicazione di «*Sanitary and Phytosanitary Measures*» (c.d. SPS Agreement): cfr. ancora J. SCOTT, *op. cit.*, 146 ss.).

¹¹⁷ Per giungere, con il Trattato di Lisbona, fino all’ulteriore valorizzazione del ruolo dei Parlamenti nazionali nel procedimento legislativo dell’UE: cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, II ed., Torino 2010, spec. 61 s., i quali sottolineano il rischio di depotenziamento del Parlamento europeo che simile “concorrenza” dei Parlamenti nazionali può produrre.

¹¹⁸ Gli accordi OMC finora realizzati, specie quello sulla protezione della proprietà intellettuale e il diritto d’autore (c.d. TRIPS, Agreement on Trade-related Intellectual Property Rights), recano i vizi di una procedura “legislativa” opaca, affidata a negoziazioni diplomatiche segrete, la quale non per caso dà luogo a regole tagliate su misura per gli interessi dei Paesi sviluppati e a danno dei Paesi in via di sviluppo. La stessa “volontarietà” dell’adesione dei Paesi poveri è discutibile, essendo essi indotti a siglare tali accordi settoriali attraverso concessioni di dubbia efficacia economica e altri mezzi di pressione (cfr. E.-U. PETERSMANN, cit., spec. 1371 s.; J.H. JACKSON, *op. cit.*, 247 s.; J. STIGLITZ, *op. cit.*, 116 ss. e 316 ss.).

squilibrare dei singoli accordi bilaterali tra Paesi ricchi e Paesi poveri e che una “fuga dall’OMC” non necessariamente conduca verso approdi più “legittimati”¹¹⁹.

4.3. *La Corte di giustizia prende in ostaggio i diritti sindacali?*

La chiave di lettura del “canale di dialogo politico” che determinati sistemi offrono alle Corti (o agli organi paragiurisdizionali OMC) mira a dare ulteriore spiegazione dei fenomeni dell’autoapplicabilità. Determinati sistemi normativi (come il diritto UE, la CEDU o l’OMC) possono esibire maggiore effettività (in termini di immediata applicabilità delle proprie norme) per deliberata politica giurisprudenziale delle Corti responsabili della loro applicazione, quando simile accrescimento di effettività può valere a stimolare determinati poteri di coordinamento decisionale in capo al potere politico. Il che, trasformato in termini prescrittivi, dovrebbe anche farci dire che quando quel canale politico non è disponibile, le stesse Corti dovrebbero esibire maggiore prudenza e graduare verso il basso il livello di effettività delle norme del proprio sistema normativo. A chiarire quanto affermato può valere l’esempio giurisprudenziale della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di sciopero.

Si tratta del noto e contestato filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza sul caso *Viking*¹²⁰. Apparentemente il discorso della Corte rientra nei canoni classici del bilanciamento: il diritto di sciopero (esercitato, nel caso *Viking*, da un gruppo di lavoratori marittimi per impedire a una società di navigazione di giovare dei minori costi del lavoro di un Paese UE diverso dal proprio) è sì un diritto fondamentale anche per

¹¹⁹ L’OMC ha offerto e offre la sede per opportuni dibattiti e decisioni multilaterali anche in senso correttivo dei vizi “economicistici” degli accordi settoriali, come quelli appunto in materia di proprietà intellettuale (TRIPS). Nel 2001 e nel 2003, infatti, sono state adottate la dichiarazione di Doha e quella di Cancun volte a contemperare le esigenze di tutela della proprietà intellettuale (brevetti farmaceutici) con quelle della garanzia della salute delle popolazioni nei Paesi in via di Sviluppo (fornire medicinali a basso costo contro epidemie come l’HIV). Il che sembra stia producendo risultati favorevoli per alcuni Paesi in via di sviluppo (vittoriosi in alcune battaglie giudiziarie contro le multinazionali farmaceutiche). Risultati, forse, non apprezzati dai Paesi economicamente avanzati, se è vero che Stati Uniti, Giappone ed Europa hanno iniziato a rifuggire la negoziazione multilaterale nell’ambito dell’OMC e a preferire la negoziazione bilaterale di *Free Trade Agreements*, in modo da sottrarsi anche dall’eventuale giudizio dinanzi agli organi “paragiurisdizionali” dell’OMC: cfr. A. LOLLINI, *Proprietà intellettuale, bilanciamento degli interessi e farmaci low cost: i casi di India e Sudafrica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 115 ss., spec. 153, nt. 65.

¹²⁰ Cfr. le decisioni C-438/05 del 11 dicembre 2007 (*Viking*); C-341/05 del 18 dicembre 2007 (*Laval*); C-346/06 del 3 aprile 2008 (*Rüffert*); C-319/06 del 19 giugno 2008 (*Commissione c. Lussemburgo*).

l'ordinamento UE, ma esso *deve* essere bilanciato con il contrastante diritto di stabilimento garantito dal TCE¹²¹. La Corte di giustizia, così facendo, è apparentemente rimasta sul solco di quella linea giurisprudenziale illustrata all'inizio di questo Capitolo, per cui le libertà del mercato godono di un elevato grado di effettività (dottrina degli effetti diretti e della primazia del diritto comunitario) a patto che esse sappiano rispettare i limiti imposti da altri beni e interessi concorrenti di rango "costituzionale" (dottrina della Corte di giustizia sui diritti fondamentali, quali principi generali dell'ordinamento comunitario). Tuttavia, il test di bilanciamento tra sciopero e diritto di stabilimento delle imprese introdotto dalla Corte comporta l'introduzione di elementi inediti negli ordinamenti nazionali. Esso comporta, infatti, una valutazione approfondita della finalità dello sciopero, in modo da dare al giudice nazionale il potere di valutare se lo sciopero sia davvero volto al miglioramento delle condizioni dei lavoratori e non persegua invece scopi protezionistici nei riguardi di alcuni mercati del lavoro¹²².

Si tratta di una "novità" introdotta dalla Corte in un ambito in cui il Trattato *non attribuisce* competenze normative alla Comunità (oggi, all'Unione), stante l'espressa previsione che la materia delle *retribuzioni, del diritto di associazione sindacale, di sciopero o di serrata* restano di competenza esclusiva degli Stati membri¹²³. La decisione della Corte, allora, non rimanda tanto a possibili miglioramenti o correzioni *politiche* nel bilanciamento tra libertà del mercato (diritto di stabilimento, in particolare) e diritti fondamentali di stampo sindacale (*in primis*, lo sciopero). In assenza di canali decisionali sulla regolamentazione sovranazionale del diritto di sciopero, la Corte ha "occupato autoritariamente" uno spazio di spettanza degli Stati. Non solo, ha occupato uno spazio che, negli stessi ordinamenti nazionali, è prevalentemente considerato di appannaggio dell'ordinamento "autonomo" delle relazioni industriali¹²⁴. A venire

¹²¹ Art. 43 TCE (art. 49 del TFUE). Il diritto di stabilimento veniva, sempre nel caso *Viking*, esercitato dall'impresa di navigazione attraverso il mutamento di bandiera di una sua imbarcazione (che passava dalla nazionalità finlandese a quella estone, al fine di assumere un equipaggio estone alle migliori condizioni del costo del lavoro presenti in Estonia).

¹²² Cfr. caso *Viking*, cit., §§ 86 ss.

¹²³ Art. 137.5, TCE (153.5 TFUE). Cfr. le critiche di U. CARABELLI, *op. cit.* (§ 9).

¹²⁴ La Corte, infatti, ha occultato la sostanza del problema affermando che, sebbene la materia sindacale sia disciplinabile dai soli Stati membri, ciò non toglie che le discipline statali debbano comunque essere in armonia con il diritto comunitario (caso *Viking*, cit., § 40). Il che però è un fenomeno di *trompe l'oeil*, posto che con lo sciopero non si ha a che fare con una restrizione discrezionalmente imposta dagli Stati a una delle libertà del mercato, bensì con una sfera di "autonomia sociale" garantita in quanto diritto fondamentale: C. JOERGES, F. RÖDL, *Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration...*, cit., 12.

assoggettata al controllo della Corte di giustizia, infatti, non è tanto la legislazione nazionale lavorista, bensì la libertà di azione degli stessi sindacati¹²⁵.

La sola, implausibile, correzione di rotta sarebbe quella di una ulteriore revisione dei Trattati che metta fuori gioco l'intemperanza della Corte. Non altrettanto implausibile, forse, una reazione da parte delle Corti costituzionali nazionali come la nostra, che dichiarino l'inconciliabilità di simile *svalutazione* del diritto di sciopero con i principi costituzionali nazionali (cui lo stesso TUE presta formale ossequio, al suo art. 4)¹²⁶. Resta, però, il fatto che simile reazione, oltre a essere scarsamente coordinabile con gli altri ordinamenti nazionali e le rispettive corti (vista la sua natura giurisprudenziale e non politica), risulta anche poco condivisibile dagli organi giudiziari dei Paesi membri dell'*ex* blocco sovietico (favorevoli alla giurisprudenza comunitaria sulla limitabilità dei diritti sindacali, per l'oggettivo sostegno che essa reca alle economie di tali Paesi, garantendone la competitività in termini di minor costo del lavoro)¹²⁷. Ciò che forse ha più probabilità di avverarsi è una correzione di rotta impressa dalla più recente (e innovativa) giurisprudenza della Corte EDU in materia di tutele sindacali¹²⁸.

¹²⁵ *Ibidem*, 13 s., in cui si rileva anche che il passaggio della sentenza *Viking* non è neppure in linea con i precedenti della Corte in tema di *effetti orizzontali* delle norme del Trattato, posto che una cosa è garantire le libertà economiche nei confronti di organizzazioni private dotate, *per delega statale*, di poteri di regolazione, come un ordine professionale ad es., altra cosa è limitare il diritto di sciopero dei lavoratori invocando la *Drittwirkung* delle libertà economiche. Il diritto di sciopero, invero, è intrinsecamente *antagonista* alle libertà economiche, valendo proprio a riequilibrarne la immanente sperequazione (del capitale sul lavoro): U. CARABELLI, *op. cit.*, § 12.

¹²⁶ Cfr. U. CARABELLI, *op. cit.*, §§ 16 s., che invoca il ricorso allo strumento dei controlli alla prevalenza del diritto comunitario, secondo la dottrina della nostra Corte costituzionale (sentt. 170/1984 e 232/1989). La stessa decisione del Bundesverfassungsgericht sulla ratifica da parte della Germania del Trattato di Lisbona (BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, cit.), è stata letta come un'implicita reazione difensiva alle decisioni della Corte di giustizia in materia di diritti sindacali (cfr. G. BRONZINI, *op. cit.*, 975, nt. 2; più articolata la lettura, in proposito, di C. JOERGES, *The Lisbon Judgment, Germany's Sozialstaat, the ECJ's Labour Law Jurisprudence and the Reconceptualisation of European Law as a new Type of Conflicts Law*, (2009) in *www.europeanrights.eu*). L'art. 4 TUE, nella sua prima proposizione, recita: «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali».

¹²⁷ Cfr. U. CARABELLI, *op. cit.*, § 15.

¹²⁸ Cfr. G. BRONZINI, *op. loc. cit.*, in riferimento alle decisioni della Corte EDU nei casi *Demir e Enerji Yapi*, cit., in cui i giudici di Strasburgo, oltre a poggiarsi sulla stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE, hanno valorizzato le Convenzioni dell'OIL e la Carta sociale europea, lasciando sperare in un'utilizzo più penetrante delle tutele della CEDU (e del suo articolo 11) e in un'ispirazione più "aperta" quanto a lettura delle libertà sindacali. Sulle decisioni della Corte EDU, cfr. l'analisi che verrà svolta al prossimo paragrafo.

Al di là delle incerte prospettive di una “reciproca correzione” tra Corti europee, il caso appare paradigmatico di come *non* dovrebbe muoversi una Corte “di vertice”, qual è la Corte di giustizia. Strumentalizzando il potente fattore legittimante del “bilanciamento tra beni contrapposti”, essa è giunta a imporre un discutibile bilanciamento (favorevole alla libertà d’impresa) entro un ambito ancora custodito dagli ordinamenti nazionali (secondo l’art. 137.5 del TFUE). Il tutto, senza che gli Stati membri possano reagire attivando il canale di coordinamento politico-decisionale all’interno dell’ordinamento UE (assenza di competenze dell’Unione nella disciplina dello sciopero)¹²⁹. Il fatto che l’autoapplicabilità di sistemi normativi – nel loro complesso o nelle loro singole manifestazioni – passi necessariamente attraverso una delicata opera di bilanciamento da parte delle Corti non va confuso con la *sottrazione* di interi ambiti materiali alla decisione politica (e ai *suoi* bilanciamenti), come sembra avvenuto in questo caso.

4.4. *Canale politico e CEDU: diritto internazionale pattizio e standard maggioritari di tutela dei diritti*

Il discorso svolto fin qui con riguardo al rapporto tra procedimento decisionale politico e poteri del giudice è modellato sulla falsariga della “storia” del diritto comunitario (l’attivismo della Corte di giustizia quale acceleratore del sottoutilizzato canale di decisione politica “sovranaZIONALE”)¹³⁰. Si è visto come simile modello possa predicarsi anche per l’OMC, sia pure con le accennate remore sulla qualità del procedimento decisionale¹³¹. Per la CEDU, il quadro assume connotati alquanto differenti. A parte, infatti, la potestà per il Consiglio d’Europa di modificare la stessa Convenzione con procedure aggravate, gli Stati membri non dispongono di una sede “legislativa ordinaria” di stampo sovranazionale all’interno dell’organizzazione del Consiglio d’Europa¹³². Non è ipotizza-

¹²⁹ È stato rilevato come la Corte avesse piena consapevolezza dell’impossibilità di una risposta politica alle sue decisioni in materia di sciopero: cfr. R. DEHOUSSE, *Laval & co: law and politics in EU social policy*, in ETUI-REHS, <http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/Dehousse-en.pdf>, cit. da U. CARABELLI, *op. cit.*, nt. 176.

¹³⁰ Cfr. *supra*, § 4.2.

¹³¹ *Ibidem*.

¹³² Il che ha fatto dire in dottrina che la Corte EDU non sarebbe paragonabile a una Corte costituzionale nazionale, le cui decisioni possono e debbono poter essere contraddette dal potere politico, tramite procedimenti di revisione costituzionale (cfr. L. FAVOREU, *La notion de Cour constitutionnelle*, in *De La Constitution*, Étude en l’honneur de J.F. Aubert, 1996, 26, cit. da SCIARABBA, POLLICINO, *op. cit.*, 4). Rimane difficile, tuttavia, accogliere una simile generalizzazione di un modello di giudice costituzionale (ispirato a peculiari ordina-

bile, in altre parole, che la Corte EDU spinga per l'immediata azionabilità di certi diritti o per una loro tutela più stringente, confidando in una successiva attività di "codificazione" e "razionalizzazione" operata da un ipotetico legislatore del Consiglio d'Europa (legislatore che non esiste)¹³³. La CEDU, a differenza di alcuni settori dell'ordinamento dell'UE, non contempla una legislazione sovranazionale di armonizzazione ma mira soltanto a fornire degli standard minimi di tutela dei diritti. Questi standard non dovrebbero potersi tradurre in un passaggio di competenze normative dagli Stati al Consiglio d'Europa.

Per capirsi con un esempio, non è ipotizzabile che la Corte EDU si spinga a riconoscere il diritto di sciopero quale corollario inespresso del diritto di associazione sindacale (*ex art. 11 CEDU*), confidando che simile "spinta in avanti" costringa gli Stati membri a disciplinare in maniera coordinata quei limiti al diritto di sciopero che si rendessero necessari per meglio bilanciarne l'esercizio con altri e concorrenti diritti fondamentali (mentre così si sarebbe potuta leggere, ad es., la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale sull'art. 40 Cost. e sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali)¹³⁴.

Tuttavia, proprio l'analisi della recente e importante giurisprudenza CEDU sui diritti di stampo "sindacale" derivati dalla generica previsione di principio dell'art. 11 (diritto di dar vita a sindacati), può farci capire *in che senso* il livello giurisdizionale si coordina con quello politico-decisionale. La Corte EDU ha enucleato il diritto alla contrattazione collettiva e il diritto di sciopero quali "contenuti essenziali" del diritto di dar vita a sindacati e di aderirvi (art. 11 CEDU). Per farlo, essa ha dovuto procedere a una lettura *evolutiva* della Convenzione e a un impegnativo superamento dei propri precedenti, i quali riservavano alla discrezionalità degli Stati il riconoscimento e la disciplina dei mezzi di azione sinda-

menti statali), il cui ruolo sembra ritagliato sulla maggiore o minore facilità con cui può essere revisionata la Costituzione da parte del potere politico onde smentire il giudice costituzionale.

¹³³ Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha il potere di approvare, con la maggioranza dei due terzi dei votanti (che devono costituire a loro volta la maggioranza dei membri: artt. 20.d e 15.a dello Statuto del Consiglio d'Europa) convenzioni o accordi (tra cui le modifiche alla stessa CEDU, quali sono i Protocolli addizionali moltiplicatisi negli anni). Tali accordi, al pari di ogni trattato internazionale, vincolano *solo* gli Stati che li hanno ratificati. Cfr. J. POLAKIEWICZ *Treaty-making in the Council of Europe*, Strasburgo 1999, spec. 25 s. (in cui si rileva come nel 1993 sia stata superata la prassi per cui l'apertura alla firma della convenzione o accordo approvato dal Comitato dovesse essere fatta all'unanimità, con ciò dandosi un potere di veto a ciascun membro del Consiglio d'Europa e vanificando in parte la regola dell'adottabilità a maggioranza di accordi o convenzioni: anche per tale fase fu introdotta la stessa regola di maggioranza qualificata dell'art. 20.d dello Statuto, cit.).

¹³⁴ Cfr. *supra*, Cap. III, § 6.1.

cale¹³⁵. Il punto che più ci interessa è *come* tale mutamento giurisprudenziale è stato giustificato dalla Corte. La svolta del giudice europeo poggia sulla valorizzazione di numerose e convergenti decisioni politiche “collettive” adottate dagli Stati a livello internazionale (globale ed europeo). Simile convergenza politica, fra l'altro, non può essere neutralizzata dal fatto che il singolo Stato convenuto abbia o meno ratificato i trattati europei e internazionali che valgono ad attestarla¹³⁶. Così facendo, la Corte sembra dire agli Stati che le loro prassi politiche sul piano internazionale procedono per accumulazione, fino a raggiungere un livello di solidificazione tale da impedire agli stessi Stati di sottrarsi singolarmente a determinate tendenze maggioritarie sul piano internazionale¹³⁷.

La tecnica interpretativa in parola (la portata dei diritti CEDU riempita dalle tendenze del diritto internazionale pattizio in una determinata materia, come quella del diritto del lavoro e sindacale, ad es.), intreccia strumenti d'ispirazione internazionali con strumenti nazionali (le tendenze maggioritarie delle prassi interne ai Paesi del Consiglio d'Europa, in parziale analogia con la dottrina della Corte di Giustizia sulle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati membri)¹³⁸. Non si è trattato, per la Corte EDU, di svolgere una funzione *a priori* di acceleratore di decisioni politiche a livello sovranazionale (come si è visto accadere per la

¹³⁵ Cfr. l'exkursus svolto nel caso *Demir*, cit., §§ 153 s. e nel caso *Enerji Yapi*, cit., §§ 24, 29 ss. Cfr., inoltre, l'opinione separata del giudice Vladimiro Zagrebelsky al caso *Demir*, nonché, in dottrina, l'analisi di T. NOVITZ, *Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe...*, cit., 248 s.

¹³⁶ Nel caso *Demir* (contrattazione collettiva), si trattava della Carta sociale europea nonché della stessa Carta dei diritti fondamentali dell'UE, non vincolanti lo Stato convenuto, la Turchia (con riguardo alla Carta sociale, essa è stata ratificata dalla Turchia, la quale però ha – legittimamente – scelto di non vincolarsi agli obblighi relativi al diritto di dar vita a sindacati e di azione collettiva, artt. 5 e 6: cfr. caso *Demir*, cit., § 62).

¹³⁷ Cfr. il caso *Demir*, §§ 85 s., in cui la Corte afferma che il *consenso* emergente dagli strumenti internazionali specializzati così come dalla prassi degli Stati membri può costituire un supporto interpretativo per l'applicazione delle nozioni della Convenzione, aggiungendo che, a tal proposito, non è necessario che lo Stato convenuto abbia ratificato l'insieme degli strumenti internazionali rilevanti nella materia in oggetto, essendo sufficiente che tali strumenti internazionali denotino una costante evoluzione delle norme e dei principi applicati nel diritto internazionale o nel diritto interno della maggioranza degli Stati membri, attestando, su problemi specifici, una comunanza di vedute nelle società contemporanee. Cfr. anche il caso D.H. e altri c. Repubblica Ceca, del 13 novembre 2007 (questione dell'iscrizione alle scuole speciali di gran parte dei bambini di famiglie Rom), in cui la Corte ha fatto ampio ricorso alle direttive dell'UE sulla discriminazione e alle decisioni della Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza al fine di enucleare un concetto operativo di “discriminazione indiretta” valevole anche per la CEDU (e il suo art. 14).

¹³⁸ La Corte parla di regole e principi accettati da una consistente maggioranza di Stati, costituenti il comun denominatore di norme internazionali e nazionali degli Stati europei (caso *Demir*, cit., § 76).

Corte di giustizia e la dottrina del “mutuo riconoscimento”). Al contrario, la Corte EDU ha svolto, in un simile frangente, un ruolo *a posteriori*, di valorizzazione di decisioni politiche già prese dagli Stati a livello internazionale globale ed europeo, sia pure con effetti giuridici limitati o addirittura meramente politici¹³⁹. Le tendenze maggioritarie manifestate dagli Stati a livello internazionale pattizio vengono intrecciate con quelle interne, rilevando la Corte come la maggior parte delle legislazioni e delle costituzioni europee contemplino determinati diritti sindacali¹⁴⁰. Registrando simili tendenze maggioritarie, la Corte fa tuttavia compiere una sorta di *trasformazione genetica* a certi strumenti internazionali, quasi commutando istituti di *soft law* in istituti di *hard law*¹⁴¹. Né si tratta di un'operazione relativa al solo ambito dei diritti sindacali¹⁴².

¹³⁹ Lo Stato convenuto nel caso *Demir*, cit., aveva eccepito che l'iniziativa del Consiglio d'Europa di dar vita a un Protocollo addizionale in materia di diritti socio-economici che estendesse a questi ultimi le garanzie giurisdizionali della Convenzione non aveva avuto il sostegno degli Stati membri. La Corte ribatteva osservando che gli stessi Stati del Consiglio d'Europa avevano tuttavia raggiunto il consenso attorno alla diversa soluzione di rinforzare il meccanismo di tutela della Carta sociale europea, con ciò confermandosi *comunque* la volontà politica generale di aumentare la garanzia dei diritti socio-economici (*Demir*, § 84). Sui dibattiti interni al Consiglio d'Europa per rendere maggiormente “giustiziabili” i diritti sociali enunciati nella Carta sociale, cfr., tra gli altri, T. NOVITZ, *Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe...*, cit., 231 ss.

¹⁴⁰ Caso *Demir*, §§ 48, 103 e 106 (relativamente alla prassi uniforme degli Stati europei a riconoscere il diritto a formare sindacati anche ai dipendenti pubblici).

¹⁴¹ Nel caso del diritto sindacale di contrattazione collettiva, la Corte EDU ha richiamato la Raccomandazione R (2000) 6 del Comitato dei Ministri sullo statuto dei pubblici funzionari in Europa; l'interpretazione data dal Comitato di esperti dell'OIL alla Convenzione n. 98 della stessa OIL, sul campo di applicazione del diritto alla contrattazione collettiva (estensibile anche ai dipendenti pubblici non incaricati di funzioni statali “proprie”); l'interpretazione data dal Comitato di esperti indipendente (Comitato europeo dei diritti sociali) all'art. 6 della Carta sociale europea: caso *Demir*, cit., §§ 74 s., 101 s.; 104. Riferimenti analoghi, relativamente al diritto di sciopero quale corollario del diritto di dar vita a sindacati e aderirvi, sono fatti dalla Corte nel caso *Enerji Yapi*, cit., § 24.

¹⁴² Anche in altri ambiti l'interpretazione della Convenzione ha visto la Corte attingere a testi non vincolanti degli organi del Consiglio d'Europa, nonché di altri soggetti, come la Commissione per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia) o la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (cfr. i precedenti rassegnati nel caso *Demir*, cit., §§ 101 ss.). Con riguardo alla tutela delle minoranze nazionali (non contemplata, in quanto tale, nella CEDU), si sono evidenziate le potenzialità interpretative che la *Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali* (1995) avrebbe potuto sprigionare sulla CEDU (S. BARTOLE, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 571 s.). La giurisprudenza CEDU, in effetti, ha invocato la citata Convenzione quadro a riprova di un consenso degli Stati membri ad accrescere la tutela delle minoranze nel caso *Chapman c. Regno Unito*, del 2001, mentre nel caso *Sidiropoulos c. Grecia*, del 1998, la Corte ha fatto riferimento al Documento di Helsinki del 1992 dell'OSCE (che istituisce l'Alto Commissario per le minoranze nazionali),

Per quanto discutibile possa apparire l'operazione compiuta dalla Corte EDU, essa costituisce un metodo interpretativo che non contrappone una tutela "giudiziaria" dei diritti CEDU alle libere scelte dei legislatori nazionali, bensì cerca di connettere l'evoluzione politico-legislativa degli Stati (nel loro duplice operare internazionale e interno) all'interpretazione delle disposizioni della Convenzione stessa. A suo modo, si tratta anche in questo caso di una politica giudiziaria del diritto che approfitta della "sponda" offerta dal canale politico di decisione. Il parallelo corre, se si vuole, con la logica dell'interpretazione legislativamente conforme della Costituzione, secondo cui le norme costituzionali "aperte" non possono che nutrirsi delle tendenze legislative maggioritarie in atto in determinati settori, influenzando sui possibili significati da dare a determinate disposizioni costituzionali per opera della Corte costituzionale¹⁴³. Nel nostro caso, al posto delle tendenze legislative interne si collocano quelle del diritto internazionale pattizio (non disgiunte, ma semmai confermate dalle tendenze legislative interne alla *maggior parte* dei Paesi del Consiglio d'Europa)¹⁴⁴.

4.5. *Le potenzialità del canale politico riguardo agli ambiti "competenziali" del diritto regionale e del referendum*

Con riguardo ai profili dell'autoapplicabilità nel secondo gruppo di ambiti (autoapplicabilità come giudizio su confini tra poteri politico-normativi), il discorso necessita adattamenti, ma le problematiche sono significativamente accostabili.

Nell'ambito dei rapporti Stato-Regioni si è rivelato necessario integrare il modello costituzionale del riparto di competenze legislative statali e regionali, smussandone le intrinseche aporie. Occorre offrire alla Corte costituzionale la possibilità di evitare le strettoie e i limiti di un giudizio "astratto" e *a priori* sulla natura di principio o di dettaglio delle

per corroborare la propria decisione contraria al potere statale di sciogliere partiti di minoranze nazionali.

¹⁴³ Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen 1964, su cui R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 19 ss.

¹⁴⁴ Cfr. la diversa – ma affine nei risultati – ricostruzione di Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007, 180 ss., sulla funzione "normogenetica" del *comune nucleo essenziale dei sistemi costituzionali*, per cui la comparazione giuridica non solo è ciò che permette di delineare simile nucleo (specie con riguardo ai diritti fondamentali) ma anche ciò che può guidare i legislatori ordinari dei vari Paesi (che accolgono il costituzionalismo moderno) nell'adottare soluzioni normative adeguate alla tutela dei diritti fondamentali ispirandosi alle soluzioni accolte in altri ordinamenti nazionali («in condizioni sociali ed economiche ragionevolmente uniformi»: 184).

norme statali, giudizio implicante la scomoda valutazione circa lo “spazio politico” lasciato dal livello centrale di normazione a quello decentrato. Le strettoie di quel giudizio sono state in parte aggirate attraverso la “creazione” e la valorizzazione del canone della “leale collaborazione”, con cui spingere i soggetti politici artefici dei due livelli di normazione a interagire collaborativamente. Il che ha trovato nel sistema delle Conferenze (specie in quella Stato-Regioni) il suo luogo privilegiato di estrinsecazione¹⁴⁵. Fin dal suo apparire, tale luogo istituzionale della leale collaborazione era servito a permettere che, attraverso il coinvolgimento delle Regioni nel processo decisionale centrale, le competenze legislative si rendessero più fluide, permettendo alle Regioni di recuperare al centro ciò che esse perdevano “in periferia” (il loro potere di disciplinare nel dettaglio normative “di principio” statali)¹⁴⁶.

Un simile modello di rapporti centro-periferia ha permesso e permette alla Corte di sottrarsi alla difficoltà del ruolo per essa originariamente concepito, quello cioè di operare giudizi apparentemente *tecnici* sulla natura di principio o di dettaglio di una norma, quando la realtà dimostra che tali giudizi recano ampi margini di *politicità*. Il modello vale anche a evitare alla Corte tutte le asperità insite nella funzione demolitoria di singole politiche statali perseguite attraverso norme di legge “troppo dettagliate”: è spesso impossibile per la Corte sottrarsi alla valutazione comparativa tra la presenza o l’assenza totale di risposta normativa a certi problemi sociali (vedasi il caso “social card” analizzato al § 2). E tale valutazione finisce spesso per assorbire quella sul rispetto dei confini competenziali¹⁴⁷. Introducendo l’elemento “collaborativo” nel modello, la risposta della Corte può ammettere la disciplina statale, condizionandola però all’adeguato coinvolgimento delle Regioni, in fase “progettuale” o almeno “attuativa” delle politiche pubbliche.

È davvero uno schema così diverso da quello visto sopra, con riguardo al diritto dell’UE, della CEDU e dell’OMC? In questi casi, si è visto quale ruolo possa svolgere per le Corti la disponibilità di un canale di dialogo con la funzione politico-decisionale. La Corte di giustizia, nel

¹⁴⁵ Cfr. I. RUGGIU, *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli 2006.

¹⁴⁶ Cfr. S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84 ss., in cui si privilegiano quelle forme di *collaborazione di risultato* e di accordi *politici* che permettono di evitare la confusione di competenze e responsabilità statali e regionali (spec. 168 ss.). Cfr. anche P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989/2, 473 ss.

¹⁴⁷ Cfr. V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, cit.

caso più esemplare della dottrina del “mutuo riconoscimento”, ha potuto aumentare il grado di effettività del proprio sistema normativo (libertà di circolazione delle merci) sulla scorta del fatto che il potere politico aveva gli strumenti per “reagire”. Anzi, quella giurisprudenza si comprende e si giustifica proprio come stimolo alla decisione politica di livello sovranazionale (legislazione comunitaria di armonizzazione degli standard qualitativi delle merci)¹⁴⁸. Ne deriva che l'impossibilità o l'elevata improbabilità di un intervento politico-legislativo successivo a quello giudiziario rende quest'ultimo assai più problematico. Detto altrimenti, per una Corte “di vertice” (costituzionale, dell'UE, CEDU) diventa più complicato applicare in giudizio norme di principio, laddove ciò comporti giudizi demolitori o manipolativi di una disciplina legislativa dettagliata. In assenza di una plausibile risposta politica, infatti, sarebbe elevato il rischio che l'operato della Corte finisca per cristallizzare un determinato bilanciamento di interessi, determinandosi una più accentuata esposizione “politica” della Corte stessa¹⁴⁹.

Riportando il discorso sul concetto di autoapplicabilità delle norme: a cosa vale per una Corte chiamata ad applicare norme di principio il poter contare su una risposta politica successiva che possa rivedere i propri bilanciamenti? Vale a rendere meno problematico il giudizio “tecnico” sulla struttura di una disposizione normativa (trattasi di norma “incondizionata”? la sua applicazione giudiziaria non comporta forse l'esercizio

¹⁴⁸ La giurisprudenza volta a potenziare l'effettività delle norme sulla libera circolazione delle merci includeva un bilanciamento pretorio tra beni confliggenti (libertà del mercato *contro* tutela dei consumatori, ecc.), incentrato sul fatto che la legislazione nazionale dello Stato di produzione già prende in cura gli interessi legati alla tutela dei consumatori, ecc. Ma a quel bilanciamento pretorio ben poteva sostituirsi (come infatti è avvenuto) un diverso bilanciamento adottato a livello legislativo comunitario. Generalizzando, si tratta di poter contare sul fatto che i bilanciamenti di origine pretoria possano essere rivisti e magari corretti da quelli politico-legislativi (cfr. *supra*, § 4.2).

¹⁴⁹ Si pensi alla giurisprudenza costituzionale che ha – giustamente – applicato alle norme del vecchio Concordato con la Chiesa cattolica i principi costituzionali supremi (diritto inviolabile di difesa, quale limite al riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale: sent. n. 18/1982, di carattere “manipolativo” e non meramente demolitorio, posto che salvava il privilegio concordatario per la giurisdizione canonica, imponendo però che il giudice civile riconoscesse le sole sentenze canoniche pronunciate nel rispetto del diritto di difesa delle parti). La corte intervenne, però, in modo prudenziale: a un suo primo *self-restraint* (sent. n. 1/1977), successe l'intervento manipolativo citato, in cui la questione veniva imposta «nei termini moderati proposti dalle 'bozze' di revisione del Concordato fino allora elaborate e pubblicate. In sostanza, la Corte si spingeva fin dove il legislatore aveva lasciato capire di voler al massimo arrivare: ed infatti, dopo l'indiretto avallo, le trattative seguivano il solco autorevolmente tracciato e nella nuova legislatura giungevano a buon fine»: N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna 2006, 197 s.

di poteri discrezionali incompatibili con la natura non democratico-rappresentativa del giudice? ecc.). Semplificato in questi termini, il discorso può anche estendersi all'ambito dei rapporti Stato-Regioni. Il poter contare su un luogo istituzionale di cooperazione politica tra centro e periferia, permette alla Corte di modulare il suo giudizio sul riparto di competenze legislative, magari proprio al fine di incentivare quel tipo di cooperazione. Imporre che su una determinata categoria di provvedimenti normativi (e amministrativi) lo Stato raccolga il previo consenso regionale (nelle diverse sfumature dell'intesa forte, debole, ecc.), permette alla Corte di sfuggire all'analisi "strutturale" di una o più disposizioni (la loro natura di principio o dettaglio). Anche in questo ambito si pone il problema degli effetti meramente demolitori del giudizio della Corte: abbattere una disciplina statale (nel caso più frequente, su giudizio in via d'azione) comporta il rischio di lasciare sguarnita la (pur necessaria) disciplina di un determinato fenomeno. Indurre il legislatore a un diverso modo di legiferare, permette alla Corte di non dover operare la scomposizione e la demolizione parziale di interi complessi normativi.

V'è poi la "dottrina" della Corte sulle norme statali di dettaglio cedevoli. Essa è stata, a suo modo, una tecnica di dialogo con il canale politico, valendo a stimolare il potere politico regionale affinché provvedesse a esercitare le proprie competenze legislative (sostituendosi alla disciplina statale di dettaglio). Contemporaneamente, tale dottrina della Corte valeva a disincentivare l'uso meramente difensivo delle competenze legislative regionali, fatte valere dalle Regioni nei giudizi in via d'azione contro lo Stato. Così facendo, la Corte si riservava di svolgere il suo giudizio sul riparto di competenze legislative non tanto astrattamente bensì in concreto, confrontando la disciplina regionale con quella statale e valutandone comparativamente la bontà dei bilanciamenti.

Si è cercato di dimostrare, fin qui, che l'equilibrio tra effettività e legittimità della sanzione, sotteso ai fenomeni dell'autoapplicabilità, è frutto anche della variabile del "dialogo politico". Se questo è vero, il Referendum abrogativo risente di tutte le difficoltà dovute all'assenza di un canale di comunicazione tra funzione giurisdizionale e potere politico. Non esiste, in questo ambito, il presupposto per avviare una politica giurisprudenziale come quella sul principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni volta a valorizzare strumenti di coordinamento politico-decisionale. Non esiste, infatti, un luogo di "dialogo" tra promotori del referendum e potere politico-legislativo in grado di superare le difficoltà di un referendum "di principio", ovvero di un referendum abrogativo che abbia per oggetto complessi ambiti normativi di cui si vuole colpire la *ra-*

zio di fondo (come, ad es., il principio proporzionale *quasi puro* di un sistema elettorale, il principio della natura *militare* della Guardia di finanza, ecc.).

Vale la pena ricordare, a tal proposito, uno strumento invocato dalla dottrina quale alternativa ai referendum "autoapplicativi". Si tratta della proposta di introdurre la "motivazione" del quesito referendario¹⁵⁰. Tra i possibili vantaggi di simile innovazione vi sarebbe quello di disincentivare la tecnica referendaria del ritaglio normativo, in modo da agevolare anche ablazioni totali di leggi o di complessi normativi proprio al fine di indicare il *verso* del nuovo bilanciamento di beni auspicato dai promotori¹⁵¹.

Una simile riforma potrebbe leggersi proprio quale creazione di uno strumento embrionale di dialogo del potere referendario con quello politico-legislativo e come speculare tecnica di deresponsabilizzazione della Corte in sede di giudizio di ammissibilità del referendum¹⁵². La motivazione del quesito, infatti, caricherebbe il potere politico-legislativo di responsabilità precise (perché tendenzialmente chiara sarebbe la *ratio* dell'intervento abrogativo, il c.d. principio abrogativo aggiunto), alleggerendo di conseguenza quelle del giudice chiamato a stabilire se e quanto manipolativo debba e possa essere il quesito referendario, così da ovviare alle aporie indotte dalla necessaria autoapplicabilità della normativa di ri-

¹⁵⁰ F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. n. 16 del 1978*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano 1998, 69 ss.

¹⁵¹ *Ibidem*: l'esempio adottato era quello del quesito abrogativo della legge sulla caccia, l. n. 968/1977, motivata come *abolizione del bilanciamento* ivi operato tra esigenze di tutela faunistica e di garanzia della caccia sportiva, perché eccessivamente preminente la seconda. La motivazione del quesito introdurrebbe «maggiore chiarezza... nei rapporti fra decisione popolare e attività del legislatore rappresentativo», grazie all'indicazione del «verso» della richiesta abrogativa, rendendo così al referendum abrogativo «una più adeguata funzione di indirizzo e con essa più realistico l'«innesto» nel sistema di democrazia rappresentativa». Gli Autori aggiungevano che simile indicazione non produrrebbe vincoli maggiori di quelli derivanti dai «referendum *self-executing* o *autoapplicativi*», che spesso finiscono per condizionare indebitamente la successiva attività legislativa, come avvenuto nella vicenda dei referendum elettorali del 1993. L'esito di quei referendum, come noto, è stato sostanzialmente «fotocopiato» dalle leggi elettorali per Camera e Senato.

¹⁵² Tutto da vedere, però, se una simile riforma legislativa riesca a ribaltare lo scetticismo attuale della Corte circa la motivazione dei quesiti (cfr., ad es., C. cost. n. 24/2011, punto 5.2., ove si ricorda «che la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del *referendum* va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità «incorporata nel quesito», cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del *referendum* sul quadro normativo di riferimento».

sulta¹⁵³. Chiaro tuttavia che, in assenza di un'abrogazione "autoapplicativa", anche quei referendum "di principio" che fossero dotati di motivazione sarebbero poi esposti al rischio di un'inerzia legislativa successiva. Per cui: se si ammette che il referendum "di principio" abbia effetti abrogativi immediati, si tratterà di nuovo per la Corte di escludere l'abrogabilità delle leggi "costituzionalmente necessarie" (come le leggi elettorali); se si ammette, al contrario, che il referendum, proprio per la sua struttura "di principio", non possa produrre effetti abrogativi immediati, si ricadrà nell'aporia dell'impossibilità di sanzionare l'inerzia del legislatore che non ottemperi alla finalità perseguita dal potere referendario.

La differenza con l'ambito dei rapporti Stato-Regioni passa proprio per l'insufficiente strumento di sanzione a disposizione della Corte. In quel caso, la Corte può stimolare il ricorso alla collaborazione politica (specie in sede di Conferenza Stato-Regioni) minacciando la sanzione dell'annullamento di una disciplina legislativa statale (ovvero, con decisione additiva, integrando la legge statale nel punto in cui non prevede che lo svolgimento di determinate funzioni amministrative e/o regolamentari avvenga con modalità collaborative). Nel caso del referendum la Corte non può ricorrere a simili strategie, anche ove fosse introdotta la motivazione del quesito referendario, per assenza di sanzione dell'inerzia del legislatore.

¹⁵³ Ancora più esplicite quelle proposte di modifica del procedimento referendario volte a sostituire il controllo preventivo della Corte costituzionale – limitatamente al controllo del requisito di *omogeneità* del quesito – con una fase di preventivo confronto tra promotori e un organo politico (come, ad es., una specifica commissione bicamerale), che conduca alla redazione di un quesito tendenzialmente chiaro e coerente, in modo da evitare le incoerenze e le strettoie del giudizio sull'omogeneità del quesito stesso (ove più incontrollata è la giurisprudenza della Corte); simile confronto dovrebbe svolgersi secondo i canoni della *leale cooperazione*, spettando comunque l'ultima parola ai promotori. La decisione finale di questi ultimi, però, sarebbe preceduta da un procedimento articolato e pubblico, in modo da consegnare la scelta definitiva a un corpo elettorale adeguatamente informato e da scoraggiare, così, iniziative referendarie avventuristiche (cfr. M. LUCIANI, *Articolo 75*, cit., 445 s.).

CONCLUSIONI

Seguendo la chiave di lettura più appariscente, all'autoapplicabilità delle norme corrisponde un diritto di matrice giurisprudenziale volto a implementare norme di principio *al posto* del potere politico. Il che tende a essere polemicamente tradotto in un aggravamento della posizione del potere politico, privato della discrezionalità di scegliere modi e forme dell'implementazione delle norme di principio. La diretta applicabilità di una norma, in tale schema, equivale a una sorta di "riserva di applicazione giudiziaria" della norma stessa: in un gioco a somma zero, ciò che il potere giudiziario guadagna nel giudicare immediatamente azionabile una norma in giudizio corrisponde a ciò che il potere politico perde.

In questo lavoro si è cercato di offrire una chiave di lettura più complessa. È vero che l'autoapplicabilità è prevalentemente frutto di opzioni interpretative giurisprudenziali e dottrinarie, più che di decisione politica (l'autoapplicabilità è delle *norme*, meno dell'atto o della disposizione: Cap. II, §§ 1 e 4). Ed è anche vero che simili opzioni interpretative sono volte a contemperare la vigenza di determinate norme (la loro stessa *giuridicità*) con la difficoltà di dare loro una implementazione politico-legislativa nel medio-lungo periodo. Ma il risultato che si produce non è necessariamente una sottrazione di potere all'autorità politica. Al contrario, con l'opzione per l'autoapplicabilità di certe norme di principio può determinarsi un alleggerimento della pressione sulla stessa autorità politica, ovvero un prezioso incentivo all'intervento legislativo (cfr., specialmente, Cap. III, § 7). Il dato evidenziato nell'ultima parte del libro circa la presenza o l'assenza di un canale politico di comunicazione tra potere giudiziario e potere politico (Cap. IV, § 4), appare confermare questo assunto. Sistemi concepiti non quali meri standard fissi di tutela, bensì anche come luoghi di decisione politica (secondo il paradigma dell'UE), tendono a innescare un certo attivismo giudiziario, a sua volta capace di incentivare decisioni politico-normative "qualitativamente superiori" (la normazione comunitaria al posto di quella nazionale sugli standard di tutela, la normazione statale previamente concordata con le Regioni, ecc.).

Il ruolo del giudice non è quello di decidere, una volta per tutte e in sovrana solitudine, la natura autoapplicativa o meno delle norme. Al giu-

dice spetta però un compito peculiare. Con speciale riguardo alle Corti come la nostra Corte costituzionale, quella di giustizia dell'UE o la Corte EDU, tale compito consiste nella *razionalizzazione* del proprio sistema normativo e dei rapporti tra questo e gli altri sistemi normativi con cui esso interagisce. Tra gli strumenti di simile razionalizzazione campeggiano le tecniche argomentative variamente riconducibili all'autoapplicabilità delle norme. Tali tecniche valgono a regolare i rapporti tra livelli normativi distinti ma *interni* allo stesso ordinamento (livello costituzionale e livello legislativo, ad es.), oppure a regolare i rapporti tra ordinamenti distinti (Stato e Regioni, Stato e UE) o tra ordinamenti e "sistemi normativi" (Stato e CEDU, UE e OMC). La regolazione giurisprudenziale di tali rapporti è stata "modellizzata" nell'ultimo capitolo attraverso l'immagine dell'equilibrio tra *effettività e legittimità* di un sistema normativo. La pretesa di *effettività* di un sistema normativo rispetto a un altro (il livello costituzionale rispetto a quello legislativo; il diritto dell'UE rispetto a quello degli Stati, ecc.) porta inevitabilmente con sé una accresciuta domanda di *legittimazione* del sistema. Tale legittimazione viene normalmente cercata e trovata in una adeguata opera di bilanciamento compiuta dal giudice. Così, per dare immediata applicabilità al diritto costituzionale di sciopero la Corte costituzionale ha dovuto prendere adeguatamente in carico anche i beni e gli interessi di rango costituzionale confliggenti con tale diritto, superando le due alternative entrambe "sbilanciate" dell'impossibilità di *garantire* giudizialmente lo sciopero in assenza di regolazione legislativa ovvero dell'impossibilità di *limitare* giudizialmente tale diritto (Cap. IV, § 3.2). A ciò è comparabile, con i dovuti distinguo, la politica del diritto della Corte di giustizia volta a far prevalere le norme comunitarie su quelle statali contrastanti. Simile prevalenza (crescita di effettività) è stata possibile solo attraverso l'adeguata presa in carico di beni e valori non formalmente iscritti nei Trattati istitutivi (specie nel vecchio Tcee) ma aventi rango costituzionale negli ordinamenti degli Stati membri (Cap. IV, § 1.1). Bilanciando le quattro libertà del mercato unico con i diritti costituzionali comuni agli Stati membri, la Corte di giustizia è riuscita (almeno in parte) a colmare la crisi di legittimità che un'indiscriminata prevalenza delle libertà economiche rischiava di produrre a danno dell'ordinamento comunitario (oggi dell'UE). Il modello è apparso adattabile anche a realtà molto diverse da quelle appena accennate, come la problematica dei rapporti tra potestà legislativa statale e regionale o tra potere referendario e potere politico-legislativo.

Da un simile modello si è tratta la conclusione che il rifiuto pregiudiziale del giudice di farsi carico di un'opera di bilanciamento tra beni e interessi contrastanti comporta anche l'insostenibilità della diretta appli-

cazione giudiziaria di norme di principio prive di implementazione politico-normativa. L'effettività di un sistema normativo è così costretta a ritrarsi, a causa di una non adeguata legittimazione dello stesso.

Potrebbe sostenersi, a questo punto, che la discrezionalità richiesta da molte (se non tutte) le operazioni di bilanciamento conduce a ritenere più corretta l'opzione della *non* autoapplicabilità delle norme di principio. Ciò presuppone che la non autoapplicabilità sia scelta interpretativa meno discrezionale del suo opposto. Ma così non è, a ben vedere. L'autoapplicabilità è, infatti, una moneta a due facce: vi è l'opzione per l'immediata applicabilità di una norma e quella per il suo contrario. In ognuno dei casi il giudice compie opera di bilanciamento, comparando i costi e i benefici degli assetti normativi derivanti dall'una o dall'altra opzione. Se, infatti, è "politica" e non giudiziaria la scelta originaria di individuare determinate posizioni soggettive come degne di tutela (addirittura di tutela *costituzionale*), allora il giudice non può astenersi dal considerare quelle posizioni all'interno di qualunque interpretazione su cui fondare il proprio giudizio. Non sarebbe stato possibile, ad es., affermare in un giudizio di costituzionalità che la perdurante inattuazione del diritto di sciopero (riconosciuto ma non strumentato dalla Costituzione) non comportasse dei costi per coloro cui tale diritto fosse impedito e dei vantaggi per tutti gli altri soggetti potenzialmente controinteressati. Così come oggi appare implausibile affermare che la mancata disciplina del diritto al rifiuto delle cure terminali (riconosciuto ma non implementato dalla Convenzione di Oviedo nonché dall'art. 32 Cost.) non comporti dei costi per coloro che si trovano in drammatiche condizioni di vita contro la loro volontà.

Che anche l'opzione per la non autoapplicabilità presupponga un certo bilanciamento di interessi lo si è visto affrontando la questione degli effetti delle norme OMC entro l'Unione europea. La totale e indiscriminata negazione di effetti giuridici interni alle norme OMC decisa dalla Corte di giustizia comporta una "redistribuzione" iniqua di ricchezza, per via delle sanzioni economiche che vengono a gravare su individui e imprese estranei alle politiche protezionistiche del proprio Paese (o della stessa UE: Cap. IV, § 1.3). Non che l'orientamento della Corte UE sia privo di giustificazione: negare effetti diretti alle norme OMC vale a evitare una sovraesposizione della stessa OMC in termini di domanda di legittimazione, raggiungendo così un equilibrio – verso il basso – tra effettività e legittimazione. Tuttavia si danno soluzioni più articolate di quella sposata dalla Corte, come la possibilità di riconoscere un limitato grado di responsabilità giuridica delle istituzioni UE per la mancata osservanza degli obblighi OMC, in modo da limitare i danni economici subiti da

quelle imprese esportatrici che fanno affidamento sulla *giuridicità* dei vincoli di liberalizzazione dei mercati assunti dalla stessa UE. Il perseverare da parte della Corte di giustizia nell'utilizzo dell'argomento "competenziale", per cui la gestione dei rapporti tra UE e OMC spetterebbe al solo potere politico (Cap. II, § 4), non quadra con la giuridicità degli obblighi OMC e delle relative sanzioni.

Si è visto, del resto, che l'autoapplicabilità non è strumento rispondente alla logica del "tutto o niente". Ciò emerge confrontando la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'OMC con quella della nostra Corte costituzionale sulla CEDU. Alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, infatti, la nostra Corte non ha riconosciuto efficacia incondizionata né gliela ha totalmente negata, pur prestandosi il sistema CEDU a una lettura "politica" della gestione delle controversie (le condanne potrebbero ritenersi vincolanti solo per lo Stato-persona e non per i suoi organi, *ex art. 46 CEDU*: Cap. IV, § 1.4). Non solo, dunque, l'autoapplicabilità non va maneggiata secondo il criterio del "tutto o niente", ma proprio il suo utilizzo graduato da parte delle Corti permette di far giocare all'autoapplicabilità quella funzione di "valvola regolatrice" tra sistemi (o livelli) normativi. Tutto ciò sembra, fra l'altro, coerente con il fatto che l'autoapplicabilità si presenta normalmente come *innesto* tra norme di differenti livelli/sistemi normativi (Cap. II, §§ 1.3 e 3.2). Ricorrere all'innesto normativo (tra la Costituzione e il codice civile, ad es.) equivale, infatti, a *negare* che la risposta sulla natura autoapplicativa o meno di un atto o di un complessivo sistema debba o possa stare tutta all'interno di quell'atto o di quel sistema. L'autoapplicabilità non è, in altre parole, un *a-priori* ma è un necessario tentativo di rispondere ai costi e alle disfunzioni prodotte dall'intersecarsi di atti e/o sistemi normativi.

BIBLIOGRAFIA

- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino 2010.
- ALPA G., *Danno "biologico" e diritto alla salute. Un'ipotesi di applicazione diretta dell'art. 32 della Costituzione*, in *Giur. it.*, 1976, I, 2, 446.
- ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford New York 2001.
- AMADEO S., *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano 1999.
- AMADEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano 2002.
- ANDRIOLI V., *Motivazione e dispositivo nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 529.
- ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995.
- ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova 1986.
- ANTONINI L., *Sono ancora legittime le normative statali cedevoli?*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.
- ANZON A., *"Legislazione concorrente" o konkurrierende Gesetzgebung?*, in *Giur. cost.*, 2006, 530.
- ANZON A., *A proposito dei controversi effetti di una additiva di principio 'anomala'*, in *Giur. cost.*, 1994, 458.
- ANZON A., *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giur. cost.*, 1998, 1531.
- BALBONI E., *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza?*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, II ed., Milano 2007, 27.
- BALBONI E., RINALDI P., *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Regioni*, 5/2006, 1014.
- BALDUZZI R., PARIS D., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, (2009), in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- BARBERA A., *Articolo 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1975, 80.
- BARBERA A., *"Nuovi, diritti": attenzione ai confini*, in L. CALIFANO (cur.), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino 2004, 19.
- BARTOLE S., *Articolo 117*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1985, 102.
- BARTOLE S., BIN R., FALCON G., TOSI R., *Diritto regionale*, Bologna 2005.

- BARTOLE S., *Coerenza dei quesiti referendari e univocità della normativa di risulta*, in *Giur. cost.*, 1991, 331.
- BARTOLE S., *Il limite dei principi fondamentali*, in *Studi in onore di A. Amorth*, II, Milano 1982, 59.
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004.
- BARTOLE S., *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 567.
- BARTOLE S., *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, 519.
- BARTOLE S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84.
- BATTAGLINI G., *Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice*, in *Giur. cost.*, 1982, 404.
- BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano 2006.
- BENVENISTI E., *Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts*, in *EJIL*, 1993, 175.
- BERGONZINI C., *La mediazione culturale: uno strumento (sottovalutato?) per l'integrazione degli immigrati*, in *Dir. immigr. cittadinanza*, 2009/1, 67.
- BESSONE M., V. ROPPO, *Lesione dell'integrità fisica e "danno alla salute". Una giurisprudenza innovativa in tema di danno alla persona*, in *Giur. it.*, 1975, I, 2, 53.
- BEUTLER B., BIEBER R., PIPKORN J., STREIL J., WEILER J., *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, ed. II, Bologna 2001.
- BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003.
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988.
- BIN R., BENELLI F., *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Regioni*, 2009/6, 1185.
- BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, a cura di, Torino 2008 (e-book).
- BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (cur.), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di giustizia*, Torino 2005.
- BIN R., CARETTI P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna 2005.
- BIN R., *Che ha di federale il "federalismo fiscale"?* (9 dicembre 2008), in www.forumcostituzionale.it.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992.
- BIN R., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di G. Berti*, I, Napoli 2005, 369.
- BIN R., *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, Relazione al Convegno annuale dell'A.i.c., 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- BIN R., *Legge regionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino 1994, 174.

- BIN R., *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni "referendarie" del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 222.
- BIN R., *Prevalenza senza criterio. Nota alla sent. 411/2008*, in *Regioni*, 2009/3-4, 618.
- BIN R., *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, in *Giur. cost.*, 1998, 2518.
- BIONDI A., MASTROIANNI R., *Joined Cases C-387/02, C-391/02 and C-403/02, Berlusconi and others*, in *CMLR*, 2006, 553.
- BIONDI DAL MONTE F., *La Corte costituzionale torna sui fondi vincolati, con alcune novità in materia di immigrazione*, in *Regioni*, 2008, 638.
- BLECKMANN A., *Self-executing Treaty Provisions*, in *Encyclopedia of public international Law*, Amsterdam-New York-Oxford, 2000, 374.
- BOGDANDY (VON), A., *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, in *Intern. Journal of Const. Law*, 2008, 397.
- BONAFÉ B., *Principio di reciprocità ed effetti diretti degli accordi internazionali della C.E.: in margine alla sentenza Portogallo c. Consiglio*, in *Dir. U.E.*, 2000, 611.
- BONETTI P., *La prima interpretazione costituzionalmente conforme (e restrittiva) dei provvedimenti (anche ordinari) dei sindaci in materia di sicurezza urbana e l'opinabile sopravvivenza dei Sindaci quali "ufficiali di Governo"*, in *Regioni*, 2009/6, 1403.
- BOURGEAIS J., *The European Court of Justice and the WTO: Problems and Challenger*, in J.H.H. WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford 2000, 94.
- BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996.
- BRONZINI G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 975.
- BUERGENTHAL T., *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in International Law*, in *Rec. des Cours*, 1992, IV, 303.
- BUSNELLI F. D., *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in F. D. BUSNELLI, U. BREC- CIA (cur.), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano 1978, 532.
- BUSNELLI F. D., *Il danno alla persona: un dialogo incompiuto tra giudici e legislatori*, in *Danno e resp.*, 2008/6, 610.
- BUZZACCHI C., *Articolo 9 (Funzioni dello Stato)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, II ed., Milano 2007, 284.
- CAMERLENGO Q., *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007.
- CANNIZZARO E., *Sugli effetti interni di convenzioni internazionali di estradizione che pongono facoltà*, in *Giur. cost.*, 1997, 2003.
- CANNIZZARO E., *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *Riv. dir. int.*, 1996, 118.

- CAPONI R., *Il Mangold Urteil: l'europesismo della Corte tedesca ed i suoi limiti*, in *Quad. cost.*, 2010/4, 860.
- CAPPELLETTI M., *Giustizia costituzionale e sopranazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello nazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 6.
- CARABELLI U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione europea (§ 1)*, in *www.european-rights.eu*.
- CARDONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo*, in P. CARETTI (cur.), *Osservatorio sulle fonti 2006*, Torino 2007, 252.
- CARETTI P., DE SIERVO U., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 2004.
- CARETTI P., *Indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1992, 338.
- CARETTI P., *Rapporti fra Stato e Regioni: funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo*, in *Regioni*, 2002/6, 1325.
- CARIOLA A., *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, 1994.
- CARLASSARE L., *Abrogazione o incostituzionalità? Le risposte della Corte*, in A. PACE, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il 50° anniversario*, Milano 2006, 128.
- CARLASSARE L., *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, 1990, 1.
- CARLASSARE L., *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma 1990.
- CARLASSARE L., *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, 259.
- CARLASSARE L., *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, 1322.
- CARNEVALE P., *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una "storica sentenza"*, in PACE A., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il 50° anniversario*, Milano 2006, 152.
- CARNEVALE P., *Inabrogabilità di leggi "costituzionalmente obbligatorie" ed inammissibilità di referendum "puramente" abrogativi: ancora una "svolta" nella giurisprudenza costituzionale in materia referendaria*, in *Giur. cost.*, 1987, I, 308.
- CARROZZA P., *La legge sul federalismo fiscale: delega in bianco o principi-decalogo per una laboriosa trattativa?*, in *Foro it.*, 2010/1, 1.
- CARROZZA P., *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989/2, 473.
- CARTABIA M., *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni. (A proposito della sentenza "Francovich" della Corte di Giustizia CE)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505.
- CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 222.
- CARTABIA M., *"Taking Dialogue Seriously". The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Jean Monnet Working Paper, 12/07.

- CASONATO C., *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009/3-4, 627.
- CASSESE S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 610.
- CASSETTI L., *Referendum, principi abrogativi e discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 1993, 259.
- CASTRONUOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009/1, 5.
- CATALDI G., *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino 1997, 391.
- CAVALERI P., *Diritti fondamentali e ordinanze dei sindaci*, in *Studi in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli 2009, vol. III, 939.
- CAVALERI P., *Diritto regionale*, Padova 2003.
- CAVALLO PERIN R., *Articolo 54*, in CAVALLO PERIN-ROMANO, *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie locali*, Padova 2006, 364.
- CELOTTO A., *L'«abuso» del decreto-legge*, Padova 1997.
- CELOTTO A., FRONTONI E., *Legge di delega*, in *Enc.dir.*, Agg. VI, 2002, 697.
- CELOTTO A., DI BENEDETTO E., *Articolo 77*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino 2006, 1519.
- CELOTTO A., GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1309.
- CENDON P., ZIVIZ P., *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano 2000.
- CERRI A., *Delega legislativa*, in *Enc. giur.*, X, 1993.
- CERRI A., *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1493.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2008.
- CERRINA FERONI G.C., *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca*, Torino 2002.
- CHESSA O., *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra "diritto internazionale dei diritti umani" e "integrazione europea"*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, I, 2^a ed., Torino 2006, 229.
- CHESSA O., *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002.
- CHIAVARIO M., *'Cultura italiana' del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una 'microstoria'*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, 433.
- COLAIANNI N., *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna 2006.
- COLAPIETRO C., *Articolo 36*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino 2006, 741.
- CONDORELLI L., *Il giudice italiano e i trattati internazionali*, Padova 1974.
- CONDORELLI L., *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1970, 175.
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, VIII ed., Napoli 2010.

- CONTI R., *Il problema delle norme interne contrastanti con il diritto dell'Unione non immediatamente efficace fra rimedi interni ed eurounitari*, in *Federalismi.it* (2010).
- CORPACI A., *Sui nuovi poteri dei Sindaci in materia di sicurezza: un rafforzamento delle autonomie locali?*, in *Regioni* 3/2008, 470.
- CORTESE F., *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*, in *Regioni*, 2010/1-2, 123.
- CORVAJA F., *Abrogazione di legge regionale a mezzo di regolamento statale e conflitto di attribuzioni*, in *Regioni*, 2007/6, 1055.
- CORVAJA F., *Principi fondamentali e legge regionale nella sentenza sul consenso informato*, in *Le Regioni*, 2009/3-4, 642.
- CRAIG P.P., *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law*, in *Oxford Jour. of Legal Studies* (12), 1992, 453.
- CRISAFULLI V., *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1961, 886.
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984.
- CRISAFULLI V., *Vicende della «questione regionale»*, in *Regioni*, 1982, 495.
- CROSETTI A., FERRARA R., FRACCHIA F., OLIVETTI RASON N., *Diritto dell'ambiente*, Roma 2008.
- CUOCOLO F., *Le leggi cornice nei rapporti tra Stato e Regioni*, Milano 1967.
- D'ALOIA A., *Articolo 39*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006, 811.
- D'ALOIA A., *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Regioni*, 2003/6, 1063.
- D'ATENA A., *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma 1974.
- D'ATENA A., *Le Regioni dopo il Big Bang. Il viaggio continua*, Milano 2005.
- D'ATENA A., *Le Regioni italiane e la CEE*, Milano 1981.
- DAL CANTO F., ROSSI E., *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino 2005, 245.
- DANI M., *Constitutionalism and Dissonances: Has Europe Paid Off Its Debt to Functionalism?*, in *Eur. Law Journ.*, 2009/3, 324.
- DANI M., *Remedying European legal pluralism. The FIAMM and Fedon litigation and the judicial protection of international trade bystanders*, Jean Monnet Working Paper 06/09.
- DAVIES A., *Connecting or Compartmentalising the WTO and United States Legal Systems? The Role of the Charming Betsy Canon*, in *Journ. Intern. Ec. Law*, 2007, 117.
- DE BÚRCA G., *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working-Paper, No 01/09.
- DE SALVIA M., *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo tra continuità e riforma*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 704.

- DEGRASSI L., *Art. 20 (Fondo nazionale per le politiche sociali)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, II ed., Milano 2007, 456.
- DEHOUSSE R., *Laval & co: law and politics in EU social policy*, in ETUI-REHS, <http://www.notre-europe.eu/fileadmin/IMG/pdf/Dehousse-en.pdf>.
- DI COSIMO G., *I regolamenti nel sistema delle fonti*, Milano 2005.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della Costituzione*, Milano 1982.
- DOGLIANI M., *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 673.
- DONATI F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995.
- DONATI F., MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in FALZEA, SPADARO, VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 65.
- DONDI S., *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista*, in *Quad. cost.*, 2010/4, 843.
- DUNOFF J.L., TRACHTMAN J.P., *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York 2009, 3.
- EECKHOUT P., *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union - Some Further Reflections*, in *Journal of International Economic Law*, 2002, 91.
- ELLIS M.S., *Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, no. 4, 1996, 181.
- ESPOSITO C., *Asilo (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, 1958, 224.
- FABBRINI F., *Sulla "legittimità comunitaria" del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki*, in *Quad. cost.*, 2010/4, 840.
- FARAGUNA P., *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *Quad. cost.*, 2010/1, 82.
- FARAGUNA P., *Il Mangold Urteil: controllo ultra vires ma da maneggiare "europa-rechtsfreundlich"*, in *Quad. cost.*, 2010/4, 863.
- FERIOLI E.A., *Sui livelli essenziali delle prestazioni: le fragilità di una clausola destinata a temperare autonomia e eguaglianza*, in *Regioni*, 2006/2-3, 564.
- FERIOLI E., *Esiti paradossali dell'innovativa legislazione regionale in tema di asili nido, tra livelli essenziali ed autonomia finanziaria regionale*, in *Regioni*, 2004/2-3, 743.
- FERIOLI E., *Finanziamento della spesa sociale e Corte costituzionale: le contraddizioni di un "federalismo fiscale" ancora inattuato*, in *Foro it.*, 2005, I, 2295.
- FERIOLI E., *L'assistenza ai non autosufficienti nel quadro di un neo-regionalismo in fieri*, *Riv. pol. sociali*, 2007/1, 69.
- FERRARA A., SALERNO G.M., *Il federalismo fiscale: commento alla Legge n. 42 del 2009*, Napoli 2010.
- FLAUSS J.-F., *Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle?*, in *Le Dalloz*, 2003, 1638.

- FLAUSS J.-F., *Le Droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles 2004, 102.
- FLORIDIA G., *Fonti regionali e sistema delle fonti*, in G. FERRARI, G. PARODI, *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo*, Padova 2003, 33.
- FLORIDIA G., *Referendum elettorale e difetti della normativa di risulta: "inconvenienti" vs. "impedimenti"?*, in *Giur. cost.*, 1993, 240.
- GAJA G., *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al "GATT 94" gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Riv. dir. int.*, 1995, 407.
- GALDI M., *A proposito delle norme di dettaglio contenute nelle leggi-cornice*, in *Giur. cost.*, 1993, 2916.
- GAMBARO A., *L'occupazione acquisitiva ed i dialoghi tra i formanti*, in *Foro it.*, 1993, V, 389.
- GATTINARA G., *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione delle norme OMC*, in *Il dir. dell'U.E.*, 2005/1, 111.
- GATTINARA G., *La sentenza Fiamm della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale all'immunità dalla giurisdizione?*, in *Dir. com. e degli scambi intern.*, 2009/1, 65.
- GAZZONI F., *L'art. 2059 c.c. e la Corte costituzionale: la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003/6, 1292.
- GENNUSA M.E., *Un'eccezione alla necessaria applicazione del diritto comunitario?*, in *Quad. cost.*, 2010/2, 379.
- GHERA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193.
- GIANGASPERO P., *Il principio di legalità e il seguito amministrativo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste 2003.
- GIORDANO S., *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FOIS (cur.), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli 2007, 319.
- GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino 2009.
- GIUPPONI T.F., *"Sicurezza urbana" e ordinanze sindacali: un primo (e inevitabilmente parziale) vaglio del Giudice delle leggi*, in *Regioni*, 2009/6, 1421.
- GRABENWARTER C., *Europäische Menschenrechtskonvention*, München 2008.
- GRANATA R., *Corte di cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità*, in *Foro it.*, 1998, I, 14.
- GROPPI T., *Limiti all'immediata applicabilità delle leggi statali nel territorio del Trentino-Alto Adige e ricorso per "mancato adeguamento"*, in *Giur. cost.*, 1997, 3663.
- GROPPI T., *Il "caso Englaro": un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in www.forumcostituzionale.it.

- GROSSO E., *Totem e tabù. Quando non ha più senso l'omaggio formale a lontani e superati precedenti*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino 2001, 272.
- GUAZZAROTTI A., COSSIRI A., *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rass. Avvoc. St.*, 2006/3, 15.
- GUAZZAROTTI A., COSSIRI A., *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte costituzionale fissa le regole*, in *www.forumcostituzionale.it* (2008).
- GUAZZAROTTI A., *Giudice e minoranze religiose*, Milano 2001.
- GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2003/1, 34.
- GUAZZAROTTI A., *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?*, in *Quest. Giustizia*, 2007/1, 149.
- GUAZZAROTTI A., *Iniziative parlamentari e governative in materia di libertà religiosa: niente di nuovo sotto il sole*, in *Quest. giust.*, 2007/3, 460.
- GUAZZAROTTI A., *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435.
- GUAZZAROTTI A., *Le minoranze religiose tra potere politico e funzione giurisdizionale: bontà e i limiti del modello italiano*, in *Quad. cost.*, 2002/2, 213.
- GUIGLIA G., *I livelli essenziali delle prestazioni sociali alla luce della recente giurisprudenza costituzionale e dell'evoluzione interpretativa*, Padova 2007.
- GUZZETTA G., *Costituzione e regolamenti comunitari*, Milano 1994.
- HENKIN L., *U.S. Ratification of Human Rights Conventions: the Ghost of Senator Bricker*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1995, 341.
- ITZCOVICH G., *Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: The Federmarfa Case* (2008), *Jean Monnet Working Paper*, 12/08.
- ITZCOVICH G., *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di Giustizia nella "guerra delle banane"*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2004, 401.
- IWASAWA Y., *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis*, in *Virginia Journal of International Law*, 1986, 627.
- JACKSON J. H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, N.Y., 2006.
- JOERGES C., RÖDL F., *Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *Eur. Law Journ.*, 2009/1, 1.
- JOERGES C., *The Lisbon Judgment, Germany's Sozialstaat, the ECJ's Labour-Law Jurisprudence and the Reconceptualisation of European Law as a new Type of Conflicts Law*, (2009) in *www.europeanrights.eu*.
- KELLER H., STONE SWEET A. (cur.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, 2009.
- KLAMERT M., *Judicial Implementation of Directives and Anticipatory In direct Effect: Connecting the Dots*, in *CMLR*, 2006, 1251.
- KOSAŘ D., *Lustration and Lapse of Time: 'Dealing with the past' in the Czech Republic*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2008/4, 482.

- KUIJPER P.J., BRONCKERS M., *WTO Law in the European Court of Justice*, in *CMLR* 2005, 1313.
- KUMM M., *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: on the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York 2009, 258.
- KUMM M., *The jurisprudence of constitutional conflict, constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty*, in *Eur. Law Journ.*, 2005, 262.
- LAMARQUE E., *Il nuovo danno non patrimoniale sotto la lente del costituzionalista*, in *Danno e resp.*, 2009/1, 2009/4, 363.
- LAMARQUE E., *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua 'diffusione'*, Torino 2002, 200.
- LAMARQUE E., *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008/2, 269.
- LAMARQUE E., *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 1998, 2645.
- LAMBERT ABDELGAWAD E., *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, Strasburgo 2008.
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 1979.
- LEEBRON D. W., *Implementation of the Uruguay Round results in the United States*, in JACKSON, SYKES (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Oxford 1997, 175.
- LOLLINI A., *Proprietà intellettuale, bilanciamento degli interessi e farmaci low cost: i casi di India e Sudafrica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 115.
- LOMBARDI G., *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino 1967.
- LONG G., *Le confessioni religiose "diverse dalla cattolica"*, Bologna 1991.
- LORENZON S., *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kucukdeveci*, in *Quad. cost.*, 2010/2, 430.
- LORENZON S., *Teoria degli effetti diretti e applicazione del diritto*, Tesi del Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale XXI ciclo, Università di Ferrara, 2009.
- LUCIANI M., *Diritto alla salute*, in *Enc. giur.*, 1990, 1.
- LUCIANI M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, co. 2, lett. m) della Cost.*, in *Pol. dir.*, 2002, 345.
- LUCIANI M., *Articolo 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 2005.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1643.
- LUZZATTO R., *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano 1980.
- MADURO M.P., *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *EJLS*, 2007/2, in www.ejls.eu.

- MADURO M.P., *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford 1998.
- MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano 2002.
- MAHONEY P., *Judicial Activism and judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the same Coin*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990, n. 1-2, 78.
- MAHONEY P., *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, 1998, n. 1.
- MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007.
- MAJONE G., *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, New York 2005.
- MANGIA A., *Attuazione legislativa ed applicazione giudiziaria del diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 766.
- MANNELLA F., *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale* (2010), in *www.federalismi.it*.
- MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano 2003.
- MARAZZITA G., *La logica giuridica fra necessità costituzionale e horror vacui*, in M. AINIS, *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano 2005, 466.
- MARTINES T., RUGGERI A., SALAZAR C., *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 2005.
- MARTINICO G., FONTANELLI F., *The Hidden Dialogue: When Judicial Competitors Collaborate*, in *Global Jurist*, 2008/3.
- MARTINICO G., *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli 2009.
- MARTINICO G., POLLICINO O., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen 2010.
- MASSA M., *Le norme cedevoli prima e dopo la riforma del Titolo V*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli 2006, 439.
- MASSA PINTO I., *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1114.
- MASSA PINTO I., *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in F. MODUGNO, G. ZAGREBELSKY, *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino 2001, 215.
- MAVROIDIS P.C., *'It's alright ma, I'm only bleeding (A Comment on the Fedon jurisprudence of the Court of First Instance)'*, STALS Research Paper No. 11/2008.
- MELI M., *Il principio comunitario chi inquina paga*, Milano 1996.
- MENDEZ M., *The Legal Effect of Community Agreements: Maximalist Treaty Enforcement and Judicial Avoidance Techniques*, in *EJIL*, 2010, vol. 21, n. 1, 83.

- MENGOZZI P., *I diritti e gli interessi delle imprese, il diritto dell'OMC e le prerogative delle istituzioni della Unione Europea: verso una dottrina comunitaria delle political questions?*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2006/1, 150.
- MEZZANOTTE M., *La sentenza n. 45 del 2005 e la "metamorfosi" del limite delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato*, in M. AINIS, *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano 2005, 501.
- MILAZZO P., *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e "raffina" il principio di continuità*, in *Regioni*, 2004, 963.
- MODUGNO F., *Richiesta di "referendum" abrogativo di "leggi cornice"*, in *Dir. soc.*, 1980, 202.
- MODUGNO F., *Rassegna critica delle sentenze sul referendum*, in *Giur. cost.*, 1981, 2090.
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1995.
- MODUGNO F., CARNEVALE P., *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. n. 16 del 1978*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano 1998, 45.
- MODUGNO F., *Ancora una «rassegna» sull'ammissibilità dei «referendum» abrogativi, dopo venti anni*, in *Giur. cost.*, 2001, 1785.
- MODUGNO F., *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2007, 1.
- MONACO G., *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"*, in *Giur. cost.*, 2005, 355.
- MONTANARI L., *Giudici comuni e corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in FALZEA, SPADARO, VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 119.
- MONTANARI L., *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino 2002.
- MONTELLA G., *La responsabilità extracontrattuale della Comunità e la gestione politica degli effetti delle norme convenzionali*, in *DPCE*, 2006/2, 840.
- MORELLI M.R., *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 3.
- MORRONE A., *La "legge vigente" e il sindacato dell'Ufficio centrale per il referendum*, in *Quad. cost.*, 1999, 297.
- MORRONE A., *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano 2009, 180.
- MORRONE A., *Prime riflessioni sul disegno di legge in materia di "federalismo fiscale" (30 novembre 2008)*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- MORRONE A., PUGIOTTO A., *La Corte e i referendum giustiziati*, in *Quad. cost.*, 2000, 415.
- MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 179.

- NANIA R., *Sciopero e sistema costituzionale*, Torino 1995.
- NAVARETTA E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in ID. (cur.), *I danni non patrimoniali*, Milano 2004, 9.
- NOVITZ T., *Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe: The Significant Absence of a Court*, in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE, *The Future of Remedies in Europe*, Oxford 2000, 231.
- OLIVETTI M., *La Corte e l'aborto fra conferme e spunti innovativi*, in *Giur. cost.*, 1997, 315.
- ONIDA V., *Diritti sociali e politiche sociali*, in *Prospettive Sociali e Sanitarie*, n. 16/2006, 1.
- ONIDA V., *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali, in Regioni*, 2007/1, 11.
- ONIDA V., *L'attuazione della Costituzione fra Magistratura e Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, 503.
- ONIDA V., *Luci e ombre nella giurisprudenza costituzionale in tema di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1969, 898.
- OSTROVSKY A.A., 'What's So Funny About Peace, Love, and Understanding? How the Margin of Appreciation Doctrine Preserves Core Human Rights within Cultural Diversity and Legitimises International Human Rights Tribunals', in *Hanse Law Review*, 2005/1, 47.
- PACE A., *I ridotti limiti della potestà normativa del Governo nella legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, II, 1483.
- PACE A., *Il convivente more uxorio, il "separato in casa" e il c.d. diritto "fondamentale" all'abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 1801.
- PACE A., *Rilievi sulla determinazione giudiziale della retribuzione sufficiente*, in *Giur. cost.*, 1961, 277.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003.
- PALADIN L., *Articolo 76*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1979, 1.
- PALADIN L., *Costituzione, preleggi e Codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 24.
- PALADIN L., *Diritto regionale*, 1976.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996.
- PALADIN L., *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna 2004.
- PANZERA C., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, Torino 2010, 57.
- PANZERA C., *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. RUGGERI (cur.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 497.
- PAOLETTI A., *Illegittimità sopravvenuta ed abrogazione delle leggi regionali. Il caso del Trentino Alto Adige*, in *Giur. cost.*, 1999, 4005.
- PAOLETTI A., *Leggi-cornice e Regioni. Crisi di un modello*, Milano 2001.
- PARODI G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996.
- PASSAGLIA P., *Eutanasia di un diritto (la triste parabola dell'asilo)*, in *Foro it.*, 2006, I, 2851.

- PAUWELYN J., *The Nature of WTO Obligations*, Jean Monnet Working Paper 1/02.
- PAUWELYN J., *Optimal Protection of International Law*, New York 2008.
- PERA G., *La giusta retribuzione nell'art. 36 della Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1953, 107.
- PERLINGIERI P., *L'articolo 2059 c.c. uno e bino. Un'interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003/3, 775.
- PERTICI A., *Il giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010.
- PESCATORE P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 26.
- PETERSMANN E.-U., *Do Judges Meet their Constitutional Obligation to Settle Disputes in Conformity with 'Principles of Justice and International Law'?*, in *EJLS*, 2007/2, 1.
- PETERSMANN E.-U., *From "Negative" to "Positive" Integration in the WTO: Time for "Mainstreaming Human Rights" into WTO Law?*, in *CMLR*, 2000, 1363.
- PETERSMANN E.-U., *Why Rational Choice Theory Requires a Multilevel Constitutional Approach to International Economic Law*, in *Univ. Illinois Law Rev.*, 2008, 359.
- PEZZINI B., *Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute*, in C.E. GALLO, B. PEZZINI, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano 1998, 1.
- PIAZZA A., *Responsabilità civile ed efficienza amministrativa*, Milano 2001.
- PIAZZA M., *Ordinanza anti-prostituzione per il "buon costume" o scostumatamente anti-Constituzione?*, in *Giur. cost.*, 2008, 4024.
- PICONE P., LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova 2002.
- PINARDI R., *L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione*, Milano 2000.
- PINARDI R., *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Milano 2007.
- PINELLI C., *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002/3, 881.
- PINELLI C., *Un sistema parallelo. Decreti legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2009/2, 317.
- PINZAUTI C., *Problemi di diritto penale e di diritto internazionale dinanzi all'Audiencia Nacional nel caso Scilingo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, 738.
- PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004.
- PIZZOLATO F., *Articolo 2 (Diritto alle prestazioni)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, II ed., Milano 2007, 121.
- PIZZORUSSO A., *Il potere regolamentare dopo la legge n. 400/1988*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. I, Milano 1991, 470.
- POGGI A., *Diritti sociali e differenziazioni territoriali*, in R. BALDUZZI, *I servizi sanitari regionali tra autonomia e coerenze di sistema*, Milano 2005, 616.

- POLACCO P., *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, in *Giur. cost.*, 1977, 271.
- POLAKIEWICZ J., *Treaty-making in the Council of Europe*, Strasburgo 1999.
- POLITI F., *Effetti di una sentenza additiva 'di principio' (comportante maggiori spese) e giudizio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1996, 2202.
- POLITI F., *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova 1997.
- POLLICINO O., SCIARABBA V., *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *DPCE* 2009, 168.
- POLLICINO O., *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. U.E.*, 1/2009, 1.
- POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it* (2010).
- POTOTSCHNIG U., *Nota a C. cost. n. 249/1976*, in *Le Regioni*, 1977, 478.
- PRECHAL S., *Does Direct Effect still matter?*, in *CMLR*, 2000, 1047.
- PREDIERI A., CHITI M., *Casa e urbanistica nella legge 25 marzo 1982 n. 94*, Milano 1982.
- PUGIOTTO A., *E' ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quad. cost.*, 2005, 562.
- PUGIOTTO A., *La Corte costituzionale lega le mani a se stessa. (A proposito di paralisi di funzionamento, leggi elettorali e controllo di costituzionalità)*, in *Foro it.*, 1997, I, 3119.
- PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano 1994.
- R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed un vecchia obiezione* (2010), in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.
- RANDAZZO B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in FALZEA, SPADARO, VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 217.
- RASMUSSEN H., *Remedying the Crumbling EC Judicial System*, in *CMLR*, vol. 37, 2000, 1071.
- RASPADORI E., *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano 2000.
- RAUTI A., *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (cur.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino 2002, 321.
- RESCIGNO G.U., *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 319.
- RESCIGNO G.U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Nov. Dig. it.*, XII, 1965, 90.
- RESCIGNO G.U., *Rinasce la distinzione-opposizione tra legge in senso formale e legge in senso materiale?*, in *Giur. cost.*, 1999, 2013.
- RODOTÀ S., *Articolo 42*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1982, 113.

- ROMAGNOLI U., *Articolo 40*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1979, 290.
- ROMBOLI R., *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quad. cost.*, 2009/1, 91.
- ROMBOLI R., *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE, *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino 2000, 640.
- ROSAS A., *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, in *EJLS*, 2007/2, in *www.ejls.eu*.
- RUGGERI A., "Livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti e ridefinizione delle sfere di competenza di Stato e Regioni in situazioni di emergenza economica (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2010), in *www.forumcostituzionale.it*.
- RUGGERI A., "Tutela minima" di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e... sananti) in tema di procreazione medicalmente assistita (nota "a prima lettura" di Corte cost. nn. 45-49 del 2005), in M. AINIS, *I referendum sulla procreazione assistita*, Milano 2005, 653.
- RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *www.forumcostituzionale.it*.
- RUGGERI A., *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.
- RUGGERI A., *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione in sistema*, Torino 1993.
- RUGGERI A., *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. soc.*, 1/2007, 1.
- RUGGIU I., *Contro la Camera delle Regioni. Istituzioni e prassi della rappresentanza territoriale*, Napoli 2006.
- RUOTOLO M., *Aborto e bilanciamento tra valori: giudizio sull'ammissibilità del referendum o giudizio (anticipato) di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 347.
- SABBIONI P., *Articolo 3 (Principi per la programmazione)*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Il sistema integrato dei servizi sociali*, II ed., Milano 2007, 152.
- SALANITRO U., *Il danno all'ambiente nel sistema della responsabilità civile*, Milano 2005.
- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino 2000.
- SALERNO G.M., *Una sentenza additiva di prestazione (rimessa al legislatore) in tema di indennità di disoccupazione involontaria*, in *Giur. it.*, 1989, 778.
- SALERNO G.M., *Il referendum*, Padova 1992.
- SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di giustizia CE e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, 313.

- SANDULLI A.M., *Nuovo regime dei suoli e Costituzione*, in *Riv. giur. edil.*, II, 1978, 73.
- SCIARABBA V., *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giur. cost.*, 2009, I, 513.
- SCOTT J., *On Kith and Kine (and Crustaceans): Trade and Environment in the EU and WTO*, in J.H.H. WEILER (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford 2000, 125.
- SICLARI M., *A proposito della sindacabilità delle leggi di delega da parte della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 1511.
- SIMMA B., PULKOWSKI D., *Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law*, in *EJIL* 2006, vol. 17, n. 3, 483.
- SIMONCINI A., *Non c'è alternativa alla leale collaborazione. Dalla Corte le prime indicazioni su regolamenti del Governo e «livelli essenziali» nelle materie regionali*, in *Regioni*, 2003, 1199.
- SLOSS D., (commento a *United States v. Duarte-Acero*, U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit, July 12, 2002), in *Am. Journal of Int. Law*, 2003, 411.
- SNYDER F., *The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law*, in *CMLR*, 2003, 313.
- SORRENTI G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006.
- SORRENTINO F., *Delega legislativa e direttive Comunitarie direttamente applicabili*, in *Giur. cost.*, 1991, I, 1418.
- SORRENTINO F., *La rilevanza delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 435.
- STEIN E., *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano 1991.
- STIGLITZ J., *La globalizzazione che funziona. Un nuovo mondo è possibile*, Torino 2007.
- TARELLO G., *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Bologna 1970.
- TARLI BARBIERI G., *Le sentenze sui referendum «Guzzetta» tra (apparenti) conferme e (sostanziali) novità*, in *Giur. cost.*, 2008, 1, 190.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, V ed., Padova 2008.
- TESAURO G., *I rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in SIDI, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio*, Napoli 1998, 51.
- TORCHIA L., *Sistemi di Welfare e federalismo*, in *Quad. cost.*, 2002/4, 713.
- TOSATO E., *Le leggi di delegazione*, Padova 1931.
- TOSI R., *«Principi fondamentali» e leggi statali nelle materie di competenza regionale*, Padova 1987.
- TOSI R., *Cittadini, Stato e Regioni di fronte ai "livelli essenziali delle prestazioni..."*, in *www.forumcostituzionale.it* (2003).
- TOSI R., *Sulla sorte della legislazione regionale anteriore ai nuovi principi*, in *Le Regioni*, 1994, 1811.
- TRACHTMAN J.P., *Constitutional Economics of the World Trade Organization*, in J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York 2009, 206.

- TREU T., *Articolo 36*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1979, 72.
- TRIPODINA C., *Articolo 36*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 355.
- TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna 2008.
- TUSHNET M., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano 1996.
- VAN DIJK P., VAN HOOF F., VAN RIJN A., ZWAAK L. (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford, 2006.
- VANDELLI L., *Le ordinanze del sindaco in materia di sicurezza urbana*, settembre 2008, in *Astrid online*.
- VAZQUEZ C. M., *Treaties as Law of the Land: the Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties*, in *Harv. L. Rev.*, 2008, 599.
- VAZQUEZ C.M., *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1995, 695.
- VERONESI P., *Il corpo e la costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano 2007.
- VIGEVANI G. E., *Diritti di elettorato, tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 2007/1, 176.
- WEATHERILL S., *Addressing Problems of Imbalanced Implementation in EC Law: Remedies in an Institutional Perspective*, in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE, *The Future of Remedies in Europe*, Oxford 2000, 99.
- WEILER J.H.H., CARTABIA M., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna 2000.
- WEILER J.H.H., *Epilogue: Towards a Common Law of International Trade*, in ID. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA*, Oxford 2000, 201.
- WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999.
- WEILER J.H.H., *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, Harvard Jean Monnet Working Paper 9/00.
- WILLIAMS R., *The European Commission and the Enforcement of Environmental Law: an Invidious Position*, in *YEL* 1995, 351.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988.
- ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano 1993, 148.
- ZAGREBELSKY V., *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2008, 5.
- ZORZELLA N., *I nuovi poteri dei sindaci nel "pacchetto sicurezza" e la loro ricaduta sugli stranieri*, in *Dir. immigr. cittadinanza*, 3-4/2008, 57.

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

1. FRIGNANI A., *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano* (1974), pp. XX-666.
2. COSTATO L., *I domini collettivi nel Medio Polesine* (1968), pp. IV-196.
3. LEGA C., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale* (1969), pp. IV-304.
4. ZAMORANI P., *Precam habere* (1969), pp. XII-320.
5. LEZIROLI G., *Enti canonici ed enti ecclesiastici* (1974), pp. IV-128.
6. LEGA G., *La organizzazione periferica degli enti di previdenza sociale* (1974), pp. VIII-173.
7. COLORNI V., *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno* (1976), pp. VIII-204.
8. FABRIS P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro* (1976), pp. VIII-240.
9. ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I (1977), pp. 274.
10. LEZIROLI G., *Aspetti della libertà religiosa* (1977), pp. 244.
11. MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, pp. IV-276.
12. MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana* (1979), pp. VIII-296.
13. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione* (1981), pp. IV-440.
14. COLORNI V., *Judaica minora* (1983), pp. XVI-830.
15. DE MAESTRI L., *Il processo delle misure di sicurezza* (1983), pp. IV-192.
16. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer* (1984), pp. IV-104.
17. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (1984), pp. XVI-228.
18. BIGNARDI A., *«Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali* (1984), pp. IV-220.
19. FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche* (1984), pp. VIII-332.
20. SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza* (1987), pp. IV-224.
21. ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto* (1987), pp. VI-402.
22. TOSCHI A., *Il segreto nell'istruzione penale* (1988), pp. IV-344.
23. COCOZZA F., *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo* (1988), pp. IV-240.
24. NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico* (1989), pp. VIII-584.
25. COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo* (1989), pp. IV-266.
26. DESANTI L., *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas* (1990), pp. VI-246.
27. LEZIROLI G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici* (1990), pp. IV-324.
28. COLORNI V., *Judaica minora. Nuove ricerche* (1991), pp. VI-114.
29. BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica* (1991), pp. VI-274.
30. LEGA C., *Diritto della bonifica* (1992), pp. XII-276.
31. BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (1992), pp. VIII-240.

32. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema* (1992), pp. XXII-190.
33. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti* (1993), pp. VI-156.
34. NAPPI P., *Tutela giurisdizionale e contratti agrari* (1994), pp. XVI-516.
35. PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni* (1994), pp. VI-702.
36. DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore* (1995), pp. VI-372.
37. PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (1996), pp. X-278.
38. FORMIGONI W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus* (1996), pp. VI-190.
39. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale* (1999), pp. XII-302.
40. AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro* (2001), pp. VIII-244.
41. DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza* (2001), pp. XIV-478.
42. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale* (2002), pp. XVI-412.
43. PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (2003), pp. XII-462.
44. DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato* (2003), pp. X-494.
45. GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano* (2003), pp. XII-434.
46. FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale* (2005), pp. X-202.
47. BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione* (2006), pp. VIII-180.
48. SCHIAVO S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere* (2007), pp. X-314.
49. MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale* (2007), pp. X-358.
50. NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro* (2007), pp. X-374.
51. MAZZO M., *La responsabilità del produttore agricolo* (2007), pp. VIII-264.
52. VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma* (2007), pp. X-358.
53. FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva* (2007), pp. X-330.
54. BERNARDI A. - BALDASSARE P. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (2008), pp. X-248.
55. DESANTI L. - FERRETTI P. - MANFREDINI A. D. (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (2009), pp. VIII-468.

I volumi sopra elencati dal n. 1 al n. 55 relativi alle «Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara» sono stati pubblicati dall'Editore Giuffrè - Milano.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

1. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, 2011.

Finito di stampare
nell'aprile 2011
Ink&Paper - Cercola (NA)

