

La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*

Roberto Giovanni Conti

Consigliere Corte di cassazione

SOMMARIO: 1. La *leggerezza* del diritto Ue e le autentiche ragioni del suo 'primato' nel sistema integrato – 2. L'approccio *amichevole* al diritto Ue da parte del giudice nazionale – 3. I controlimiti e la Corte di Cassazione – 4. L'alleanza fra giudice nazionale e Corte di Giustizia ed i solidi nessi di collegamento fra i due plessi giurisdizionali. A) Il ruolo del rinvio pregiudiziale – 5. L'ulteriore ruolo del rinvio pregiudiziale come 'leva' per risolvere i conflitti interni di giurisdizione – 6. La responsabilità dello Stato-giudice e l'atteggiamento pacato della Corte di giustizia – 7. Le ragioni del successo nei rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia – 8. Il ruolo del giudice nazionale, fra nuove esigenze di nomofilachia europea e prospettive di uguaglianza – 9. Alcuni fronti aperti innanzi al giudice nazionale – 10. A proposito del bilanciamento – 11. Eguaglianza, unità delle interpretazioni e delle giurisdizioni – 12. Conclusioni

Il viaggio nelle profonde trasformazioni subite dalla giurisdizione nazionale per effetto dei Trattati di Roma viene compiuto dall'Autore con la lente orientata per un verso a ricercare ed enumerare le ragioni del 'successo' del diritto Ue nell'ordinamento interno e, per altro verso, ad isolare i fronti che si aprono innanzi al giudice comune sul tema della protezione dei diritti fondamentali in chiave multilivello, chiamandolo a sfide impegnative, comunque orientate a perseguire il massimo della tutela della persona.

* Intervento destinato agli Atti del convegno organizzato dalla Prof.ssa A. Ciancio e svoltosi a Catania il 31 marzo e il 1° aprile 2017 sul tema *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*.

Una duplice, preliminare avvertenza: taluni concetti, assai familiari agli studiosi dell'ordinamento italiano, quali quelli riguardanti la revisione costituzionale in cantiere del sistema bicamerale perfetto (e, di conseguenza, del procedimento di formazione delle leggi) e il meccanismo di controllo sulle leggi di Stato e Regioni, sono esplicitati ad esclusivo beneficio dei colleghi stranieri; i riferimenti di letteratura sono poi men che essenziali, in linea col carattere meramente introduttivo delle notazioni qui svolte.

Tutto ciò con un armamentario arricchitosi notevolmente rispetto a quello normalmente utilizzato dal giudice proprio grazie al sempre crescente invero della Costituzione con le fonti sovranazionali.

1. La leggerezza del diritto Ue e le autentiche ragioni del suo 'primato' nel sistema integrato

Le riflessioni che seguono, cercando di essere coerenti con il titolo del convegno organizzato dalla Professoressa Ciancio, intendono offrire un panorama delle principali trasformazioni che ha subito l'attività del giudice comune nazionale per effetto del processo di integrazione europea.

Al contempo, si cercherà di evidenziare le ragioni che hanno, nel corso degli anni, creato una straordinaria sinergia fra il giudice nazionale e la Corte di giustizia e, al tempo stesso, fra diritto interno e diritto Ue consentendo, in definitiva, ai due sistemi di veleggiare fianco a fianco su acque relativamente tranquille, solo di rado agitate, come sembrano esserlo divenute dopo l'*affaire Taricco*.

Si tenterà, infine, di individuare alcuni fronti sui quali il giudice comune nazionale sarà chiamato ad impiegare le proprie energie nel futuro prossimo.

Tutto ciò con una consapevolezza, che appare necessario esprimere fin dall'inizio, tutta collegata al fatto che l'attivismo che ha caratterizzato il mondo giudiziario nel corso degli ultimi anni, al netto di possibili esasperazioni che pure potranno esserci state, spesso dipeso dal recepimento di *input* provenienti dalle Corti sovranazionali di Lussemburgo e Strasburgo e da innegabili vuoti normativi, ben lungi dall'essere espressione di arretramento culturale e democratico contribuisce, a sommo giudizio di chi scrive, ad inverare il senso delle democrazie occidentali dei nostri tempi, al contempo segnandole i limiti.

Qui anticipando le conclusioni, può dirsi che l'ordine giudiziario comune, forte dell'indipendenza riconosciutagli, intende perseguire il proprio ruolo al fine di implementare la protezione dei diritti delle persone. Ordine che, per dirla con Franco Ippolito¹, prenda sempre più sul serio i diritti della persona e li garantisca e tuteli – indipendentemente dalla cittadinanza – anche contro le tendenze politiche di maggioranza.

¹ F. Ippolito, *Diritti, giuristi e giudici per l'Europa*, in *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Napoli, 2016, 563.

2. L'approccio *amichevole* al diritto Ue da parte del giudice nazionale

Diverse, a mio giudizio, sono le ragioni che hanno determinato l'approccio *amichevole* del giudice nazionale rispetto al diritto Ue. Al di là della certo fondamentale copertura costituzionale che l'art. 11 Cost. ha garantito, nella lettura offerta dalla Corte costituzionale², al processo di armonizzazione dell'ordinamento interno rispetto al diritto già comunitario ed ora eurounitario, assai radicati si rivelano essere i legami intercorrenti fra i giudici – nazionale e della Corte di giustizia – che non possono non condizionare, in senso ancora una volta *amichevole*, il processo di continua osmosi fra i due sistemi, che proprio attraverso le due giurisdizioni si è per lo più armonicamente sviluppato.

A ben considerare, le tre architravi sulle quali si base il sistema dell'ordinamento UE – applicazione immediata del diritto Ue *self executing* nell'ordinamento interno anche se contrastante con il diritto interno, obbligo di interpretazione eurounitariamente conforme e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea – vedono come artefice primo il giudice nazionale.

In questa prospettiva, va certamente tenuta in considerazione la *duttilità* del meccanismo della non applicazione al caso di specie esaminato dal giudice del diritto interno contrastante con quello Ue. Ciò alleggerisce il compito del giudice, lasciandogli in futuro la possibilità di rivedere la sua posizione, ma anche di modularla nel modo migliore rispetto al singolo caso, di 'applicare' la regola Ue, interpretando esso stesso il contesto normativo interno nel quale calare la sua decisione. Il sistema di protezione dei diritti di matrice Ue fondato su un meccanismo – quello della non applicazione, appunto – che non ha come priorità l'eliminazione in radice di una disposizione giuridica interna, ma guarda più al pericolo che quella stessa possa produrre un pregiudizio nei confronti di un soggetto è, in questa prospettiva, destinato ad incidere in modo sicuramente meno traumatico rispetto a quello riservato ai diritti di matrice convenzionale (Cedu). Quest'ultimo, è, infatti, strettamente collegato al sindacato accentrato della Corte costituzionale che, per il caso di ipotizzato contrasto di una norma interna con la Cedu, è destinato a sottrarre, in definitiva, al giudice comune fette di poteri decisorii. Quando in gioco è il diritto Ue, al contrario, il giudice nazionale possiede un più ampio potere valutativo.

Basta infatti pensare al meccanismo dell'incidente di costituzionalità – obbligatorio per le ipotesi di non sanabile contrasto (in via interpretativa) fra ordinamento interno e Cedu – che governato, fra l'altro, dal canone della non manifesta infondatezza della questione prospettata

² Per la quale rimane fondamentale l'apporto offerto da S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004.

alla Corte costituzionale mostra, in caso di ritenuta infondatezza della questione, lo scarto fra quanto sostenuto dal giudice comune in sede di ordinanza con cui si è sollevato l'incidente di costituzionalità e quanto quello stesso giudice sarà tenuto a decidere, prendendo atto della pronuncia di infondatezza della Corte costituzionale.

Analoghe considerazioni sembrano doversi fare con riguardo all'obbligo di interpretazione conforme al diritto Ue che, pur connotato da doverosità, alla stregua degli insegnamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, non può declinarsi senza fare riferimento al carattere intrinsecamente elastico dello stesso, essendo per l'appunto affidato, già in prima battuta al giudice nazionale. Quanta differenza, se ci si pensa, rispetto all'evidente sfavore con il quale la Corte costituzionale, stando ai principia espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015, guarda all'operato del giudice comune rispetto alla Cedu, destinata ad operare solo se vi sia una giurisprudenza consolidata e, dunque, ad indebolire notevolmente, fino ad eliminarlo, l'obbligo di interpretazione convenzionalmente orientata in presenza degli indici indicati dalla stessa sentenza n. 49/2015³.

Un altro fattore di non scarso rilievo nella prospettiva che qui si intende approfondire è dato dalla possibilità di utilizzare la *leva* del diritto Ue in maniera abbastanza *libera* da parte del giudice comune.

In questa direzione pare assai sintomatica la vicenda delle sanzioni applicate da Consob nell'ambito delle ipotesi di cd. *market abuse* (TUF d.lgs. n. 58/1998) e della condanna penale irrogata a carico del medesimo soggetto ai fini del rispetto del canone del *bis in idem*; questione che ha visto la Corte di Cassazione (civile) rivolgersi dapprima alla Corte costituzionale (Cass.

³ A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it; ib., M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, nonché, pure ivi, in V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; Mori, *Il "predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu": Corte costituzionale 49/2015 ovvero della "normalizzazione" dei rapporti tra diritto interno e la Cedu*, in www.sidi-isil.org; D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015; B. Randazzo, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, 617; N. Colacino, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Ordine intern. dir. umani*, 15 luglio 2015, n. 3, 555; D. Russo, *Ancora sul rapporto tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015*, in <http://www.osservatoriosullefonti.it/component/docman/docdownload/820-osf22015russo>.

pen., n. 1782/2015 – evocando il parametro convenzionale – art. 4 del Protocollo n. 7 annesso alla Cedu, in combinato disposto con l'art.117, 1^a comma, Cost. – e successivamente, in ragione del *semaforo rosso* attivato dal giudice costituzionale (Corte cost. n. 102/2016), tentare la strada di Lussemburgo (Cass. n. 23232/2016 e Cass. n. 20675/2016).

Ora, è senz'altro vero che seguendo i canoni interpretativi espressi dalla Corte costituzionale in tema di doppia pregiudizialità, l'effetto appena descritto non potrebbe inquadrarsi nella fisiologia dei rapporti fra le diverse Corti.

Ma non è men vero che la indiscussa competenza del giudice Ue a fornire risposte ai quesiti pregiudiziali posti dal giudice nazionale allorché questi si dimostrino conducenti rispetto alla vicenda interna, rende ben possibile e, in definitiva, rituale siffatta possibilità, ulteriormente favorendo un'osmosi fra gli organi giudiziari piuttosto che una crisi.

Nella medesima direzione, d'altra parte, potrebbero leggersi i primi interventi della Corte di Cassazione – Cass. Pen., n. 2210/2016 – sulle vicende post *Taricco*, pienamente favorevoli a recepire immediatamente i principi espressi dalla Corte di giustizia senza ravvisare deficit e *vulnera* ai diritti di matrice costituzionale né la necessità di attivare il rinvio pregiudiziale che hanno poi indotto la Corte costituzionale, investita dallo stesso giudice comune, a sollevare la ben nota questione pregiudiziale. E sul carattere servente o acquiescente di siffatto atteggiamento ci si riserva di tornare in prosieguo.

D'altra parte, il nesso di collegamento diretto fra il giudice del merito e la Corte di giustizia si apprezza ancor di più se ci si ferma anche solo un istante sulle pronunzie che consentono al giudice comune di 'scavalcare' il giudicato interno formatosi per effetto della pronunzia resa dalla Cassazione con rinvio per la decisione di merito e, addirittura, di bypassare il controllo di costituzionalità procedendo, direttamente, alla disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto Ue anche se vi sia stata una pronunzia della Corte costituzionale che aveva confermato la piena coerenza e legittimità della legge interna.

Se si esamina Corte Giust. 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, si nota con immediatezza che secondo la Corte di giustizia il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, al quale spetti decidere a seguito di un rinvio ad esso fatto da un organo giurisdizionale di grado superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, conformemente al diritto nazionale di procedura, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione da esso richiesta alla Corte, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione. In altre parole, secondo la Corte di Lussemburgo, il giudice nazionale che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267,

secondo comma, TFUE è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione, potendo all'occorrenza disapplicare, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale⁴.

Sullo stesso crinale si è posta, di recente, Corte giust. 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*, ove si è addirittura ritenuto che il giudice del rinvio al quale sia stata rimessa dal giudice di ultima istanza la decisione sulla base di un principio di diritto confliggente con il diritto Ue, non è vincolato a detto principio, ma è a sua volta legittimato a prospettare un nuovo rinvio pregiudiziale per avere l'interpretazione del diritto Ue sul quale esistono sei dubbi⁵.

Principi, questi ultimi, che la stessa Corte di Giustizia ha espresso con riferimento ad una controversia italiana, nella quale le Sezioni Unite avevano risolto, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, una controversia concernente una procedura fallimentare interpretando una disposizione del Reg. CE n. 1346/2000 che il giudice di merito non riteneva

⁴ Così p.31 sent. cit. nel testo e Corte Giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, Racc. pag. 629, punto 24, nonché 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, Racc. pag. I-11049, punto 81.

⁵ Cfr. Corte giust. 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*: «Una norma di diritto nazionale in virtù della quale le valutazioni formulate da un organo giurisdizionale superiore vincolano un altro giudice nazionale non può privare quest'ultimo della facoltà di sottoporre alla Corte questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione interessato da dette valutazioni in diritto. Infatti, tale giudice, ove ritenga che la valutazione in diritto compiuta nel grado superiore potrebbe indurlo ad emettere una decisione contraria al diritto dell'Unione, deve essere libero di sottoporre alla Corte le questioni costituenti per esso motivo di perplessità (sentenze del 9 marzo 2010, *ERG e a.*, C-378/08, Racc. pag. I-1919, punto 32, nonché *Elchinov*, cit., punto 27). 69 In tale ambito, occorre sottolineare che il giudice nazionale che abbia esercitato la facoltà conferitagli dall'articolo 267 TFUE è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora ritenga, alla luce di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione (sentenza *Elchinov*, cit., punto 30). 70 I principi enunciati ai punti precedenti si impongono in egual maniera nei confronti del giudice del rinvio per quanto riguarda la valutazione in diritto espressa, nella presente fattispecie, dal giudice costituzionale dello Stato membro di cui trattasi, dal momento che, secondo una giurisprudenza consolidata, è inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione (sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Racc. pag. 1125, punto 3, e dell'8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, Racc. pag. I-8015, punto 61). La Corte ha d'altronde già precisato che i suddetti principi si applicano nei rapporti tra un giudice costituzionale e qualsiasi altro giudice nazionale (sentenza del 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, Racc. pag. I-5667, punti 41-45). 71 Pertanto, la norma nazionale che obbliga il *Najvyšší súd Slovenskej republiky* a conformarsi alla valutazione in diritto enunciata dall'Ústavný súd Slovenskej republiky non può impedire al giudice del rinvio di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale in qualsiasi fase del procedimento che esso reputi appropriata e di lasciare disapplicati, se del caso, gli apprezzamenti formulati dall'Ústavný súd Slovenskej republiky che si rivelassero in contrasto con il diritto dell'Unione».

compatibile con il Regolamento Ue per tale motivo investendo in sede di rinvio pregiudiziale la Corte di Giustizia –v. sent. 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*.

Orbene, il riconoscimento in capo al giudice nazionale di incisivi poteri decisori quali quelli appena descritti è, più che ogni altra riflessione, dimostrativo *ex se* del clima di totale amicizia creato dal giudice di Lussemburgo con i nazionali.

3. I controlimiti e la Corte di cassazione

Un recente, inedito, studio di Luigi Salvato su come è stata accolta e coniugata la teoria dei controlimiti dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, ha messo in luce la mancanza di *appeal* tra il giudice di legittimità e siffatta costruzione, confermato non solo dallo scarso numero di precedenti, ma anche dal supporto motivazionale speso nell'affrontarla. Tutto ciò, in definitiva, conferma che i controlimiti e lo sbarramento al diritto Ue rappresentato dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona umana siano stati sostanzialmente posti in un ambito di non cale e di non rilevanza da parte del giudice comune.

In definitiva, al di là di qualche eccezione⁶ il giudice comune ha mostrato piena fiducia nel diritto Ue e nelle sue linee portanti, non ravvisandolo capace di vulnerare la sovranità statale, fino al punto di far cadere detto limite in una sorta di abrogazione implicita.

Per tale ragione – e al netto delle pronunzie nelle quali risulta addirittura estesa la teoria dei controlimiti ai rapporti fra ordinamento interno e Cedu⁷ – può ricordarsi un abbastanza corposo numero di pronunzie della Cassazione che, nel dare atto dell'esistenza (in tema di aiuti di stato) dei cd. "controlimiti", ha ritenuto gli stessi non operanti nei singoli casi esaminati⁸ aggiungendo, in motivazione «...che la stessa teoria dei controlimiti, che pure trovava ragionevoli giustificazioni negli anni '70-'80 del secolo scorso, quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali, sembra oggi in aperta contraddizione con il concetto stesso di integrazione quale risulta attualmente anche in ragione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia – che ha fornito prove sufficienti di tutela dei diritti fondamentali – e del richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente valore vincolante anche

⁶ Cass. S.U. n. 26934/2014 e n. 740/2015.

⁷ V., *ex plurimis*, Cass. n. 13 novembre 2014, n. 24221. Tale tendenza ha trovato una sua recente copertura a livello dottrinario in G. Amoroso, *La Cedu ed i possibili controlimiti nell'ordinamento nazionale*, in *Dialogando sui diritti, Cassazione e Corte edu a confronto*, Napoli, 2016, 11 ss.

⁸ V., fra le altre, Cass. 1 giugno 2012, n. 8818, Cass. 19 novembre 2010, n. 23418.

nei confronti delle istituzioni europee, al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato»⁹.

Ora, se non possono che condividersi le perplessità espresse da Salvato sulla legittimazione della Cassazione ad esprimere siffatte conclusioni che, incidendo direttamente sul punto di equilibrio fra le istanze monistiche e quelle dualistiche nazionali patrocinata dalla Corte costituzionale, avrebbero comunque richiesto un intervento dell'unico soggetto titolato ad esprimersi in materia e cioè la Corte costituzionale, non è men vero come esse si illuminano di particolare significato se inserite in quella linea che si è inteso qui tracciare fra giudice nazionale e ordinamento Ue.

In controtendenza rispetto a quanto fin qui rappresentato può semmai richiamarsi una più recente pronuncia interlocutoria, anch'essa innescata dal *post* Taricco, con la quale la Cassazione (ord. n. 33538/2016) ha rimesso gli atti alla Corte costituzionale ipotizzando, tra l'altro, la violazione dell'art. 11 Cost. sul presupposto che il profilo dei "controlimiti" sia legato non soltanto all'individuazione ed alla salvaguardia dei principi supremi, «...ma altresì alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost.». Ne consegue, secondo la Corte di Cassazione, che «...le *limitazioni* di sovranità, oltre a non poter trascinare in vere e proprie *cessioni* di sovranità, in tanto sono costituzionalmente legittime, in quanto siano adottate "nelle forme e nei limiti" previsti dalle fonti che le consentono»¹⁰.

Per altro verso, in acque decisamente più quiete si rinvencono ulteriori precedenti della Cassazione che hanno guardato alla teoria dei controlimiti in modo tradizionale. Si è in particolare ritenuto che «L'unico limite che può ravvisarsi al primato è rappresentato, dai cd. controlimiti che sono integrati, secondo la Corte costituzionale, dai principi fondamentali dell'ordine costituzionale e dai diritti umani che, nel caso di specie non vengono in considerazione e non impongono, pertanto, alcuna verifica di controllo – peraltro di pertinenza esclusiva della Corte costituzionale – circa la compatibilità della normativa Ue con detti vincoli» (cfr. Cass. 11 dicembre 2012, n. 22577, nonché, nello stesso senso, Cass. 10 dicembre 2002, n. 17564 e Cass. 15 giugno 2015, n. 12317).

⁹ È stato ancora sottolineato (Salvato) come in quattro pronunzie (Cass. 26 settembre 2012, n. 16352, n. 16351, n. 16350, n. 16349) la Cassazione abbia utilizzato espressioni ancora più nette, essendosi ritenuto che «...la stessa teoria dei controlimiti, se trovava delle ragionevoli giustificazioni quando il processo di integrazione era nelle fasi iniziali, *oggi sembra in netta contraddizione con il concetto stesso di integrazione (...)*».

¹⁰ Sembra di poter dire che rispetto a tale pronuncia non potrebbero che sollevarsi i medesimi dubbi precedentemente illustrati a proposito della 'estinzione' della teoria dei controlimiti in ordine alla legittimità di un'opposta operazione di 'ampliamento' dei medesimi ad opera del giudice comune.

Assai chiara risulta una recente ordinanza (interlocutoria) della Cassazione, anch'essa inserita nell'*affaire* post Taricco (Cass. pen. n. 28334/2016)¹¹.

Questa *mitezza* del giudice comune nell'accostarsi al tema dei controlimiti emerge, altresì, in altra pronunzia della Corte di Cassazione (Cass. n. 12317/2015) chiamata a verificare gli effetti di una sentenza della Corte di giustizia che aveva riconosciuto il potere-dovere del giudice di merito di rivolgersi al giudice eurounitario per avere un'interpretazione del diritto Ue anche quando sulla questione oggetto del rinvio fosse previamente intervenuta una decisione del giudice di legittimità (nel caso di specie, in sede di regolamento di giurisdizione) con efficacia vincolante.

In quella vicenda la Cassazione ha ritenuto che la questione di costituzionalità prospettata dal ricorrente «...appare manifestamente infondata discendendo la supremazia della Corte di Giustizia dai Trattati costitutivi dell'Unione Europea e dai conseguenti vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario cui l'Italia si è sottoposta in osservanza degli artt. 11 e 117 Cost.

¹¹ Cfr. Cass., pen., 28334/2016: «La dottrina dei “controlimiti”, elaborata come argine rispetto ad eventuali violazioni dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inviolabili da parte delle fonti degli ordinamenti sovranazionale e internazionale, del diritto concordatario e delle stesse leggi costituzionali e di revisione, è stata concretamente 'azionata' con riferimento al principio – ritenuto, appunto, supremo – del diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., nei rapporti con il diritto concordatario (Corte Cost., 2 febbraio 1982, n. 18, (prima la data poi il numero) § 5), e, di recente, nel rapporto con l'ordinamento internazionale, a proposito della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione per atti *jure imperii* (Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238 *idem*). In particolare questa seconda sentenza ha, per la prima volta, accolto nella giurisprudenza costituzionale la scelta lessicale di “controlimiti”, in tal senso opportunamente evidenziando, come osservato nella dottrina costituzionalistica, l'oggettività del 'limite' (non rimovibile neppure da chi lo oppone), a differenza della declinazione soggettiva e relativa insita nell'originaria formula, elaborata da pur autorevolissima dottrina costituzionale, delle “controlimitazioni alle limitazioni di sovranità”; la sentenza n. 238 del 2014, nell'individuare i “controlimiti” nei «principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato (...) che sovrintendono alla tutela dei diritti fondamentali della persona» (§ 3.1.), ha ribadito efficacemente la natura dei 'principi supremi' ed il sindacato di costituzionalità ad essa riservato in caso di loro compressione: «Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscono un «limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali controlimiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato». Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale... La dottrina dei “controlimiti”, dunque, non va intesa come una forma di resistenza degli Stati nazionali ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma l'espressione rigorosa della sovranità popolare, nella sua dimensione irrinunciabile. Vi è, infatti, una corrispondenza biunivoca tra controlimiti e sovranità popolare, nel senso che se la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1 Cost.), non è il popolo – privo di soggettività internazionale –, ma lo Stato italiano a «consentire (...) alle limitazioni di sovranità» (art. 11 Cost.); i controlimiti rappresentano, dunque, lo strumento costituzionale per esercitare, nelle «forme e nei limiti» della Costituzione, la sovranità popolare, che può essere limitata, ma non ceduta; e le limitazioni non possono compromettere la dimensione dei principi fondamentali della Costituzione, alterando l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

ed essendo la decisione della Corte di Giustizia basata sull'esigenza di garantire una applicazione effettiva ed uniforme a livello europeo delle norme europee, per cui essa, alla luce del sistema di interrelazione degli ordinamenti, opera come una sorta di sentenza della Corte costituzionale che, come è noto, vale ad eliminare il vincolo, senza vulnerare i cd. controlimiti costituiti dai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dai diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione».

La Cassazione ha poi aggiunto che «...Nel caso di specie il principio del giudicato non ha un espresso riconoscimento a livello costituzionale, per cui sotto tale profilo lo stesso va valutato alla luce del diritto di difesa delle parti e della tutela dei loro interessi in sede giurisdizionale»¹².

¹² D'altra parte, in linea con quanto ritenuto dalla Cassazione, risulta Corte cost. n. 213/2013. In quell'occasione e pur in un contesto estraneo a quello dei rapporti fra diritto UE e diritto interno, non si mancò di precisare che «...Il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, [...], non è estraneo alla Convenzione, al punto che la stessa sentenza Scoppola vi ha ravvisato un limite all'espansione della legge penale più favorevole, come questa Corte ha già avuto occasione di porre in evidenza (sentenza n. 236 del 2011)». Da qui la duplice conclusione della Corte costituzionale, che «...in linea di principio, l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato, e che le deroghe a tale limite vanno ricavate, non dalla Cedu, che non le esige, ma nell'ambito dell'ordinamento nazionale... » e che «...nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato...». Ciò a conferma del fatto che proprio il valore del giudicato non rappresenta un canone di tale portata da assurgere a diritto inalienabile dell'uomo o prima ancora a principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale. In definitiva, secondo Corte cost. n. 210/13, nel «...procedimento di adeguamento dell'ordinamento interno alla Cedu, originato dalla pronuncia della Grande Camera della Corte Edu nel caso Scoppola, il giudicato non costituisce un ostacolo insuperabile che, come invece accade di regola, limiti gli effetti dell'obbligo conformativo ai soli casi ancora *sub iudice*». In questa stessa prospettiva si è poi incanalata Cass. S.U. n. 18821/14 che costituisce la naturale prosecuzione dell'ordinanza di rimessione della questione decisa da Corte cost. n. 210/2013. Il giudice di legittimità, preso atto della caducazione della disposizione interna ad opera di Corte cost. n. 210/13, ha riconosciuto che «il *novum* introdotto dalla sentenza della Corte Edu *Scoppola c. Italia* sulla portata del principio di legalità convenzionale... in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all'orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell'art. 46 della Cedu e degli obblighi internazionalmente assunti dall'Italia – di riconsiderare il punto specifico dell'adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo... ». Affermarono, ancora, le Sezioni Unite che «...il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti mortificato, per una carenza strutturale dell'ordinamento interno rilevata dalla Corte Edu, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s'impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell'ingiustizia” una tale situazione». Da qui la conclusione che «eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi, come si è più sopra precisato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice europeo per il caso Scoppola».

Si è ancora aggiunto «...che non sussiste alcuna sottrazione di poteri al giudice italiano (art. 102 Cost.) in ragione del riconosciuto potere sovraordinato della Corte di Giustizia conformemente agli artt. 11 e 117 Cost.», nemmeno riscontrandosi alcuna violazione dell'art 113 Cost., poiché l'articolo in questione riguarda atti della Pubblica amministrazione che nel caso di specie non sussistono. Quanto al profilo del diritto di difesa è stato ancora osservato che, nel caso di specie, rivestendo la pronuncia sulla giurisdizione carattere meramente processuale e non di merito, restava comunque salva la possibilità per la parte di far valere le proprie ragioni innanzi alla giurisdizione competente, senza che risultasse violato il principio secondo cui una volta conclusosi il processo con una sentenza di merito non potesse più essere messo in discussione il diritto della parte che ha avuto il definitivo riconoscimento delle proprie ragioni.

4. L'alleanza fra giudice nazionale e Corte di Giustizia ed i solidi nessi di collegamento fra i due plessi giurisdizionali. A) Il ruolo del rinvio pregiudiziale

Non va certo sottovalutato che il carattere amichevole dello strumento del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE), destinato ad agire in via preventiva e non repressiva – rispetto all'autorità giudiziaria che fa applicazione del diritto Ue – ha costituito l'autentica testa di ponte fra ordinamenti interni e diritto Ue, come anche di recente sottolineato da Giuseppe Tesaur¹³.

Tale meccanismo non è destinato ad intervenire per sanzionare la giurisdizione – come invece accade di regola nell'ambito della Cedu e dei ricorsi alla Corte Edu – ma semmai per chiarire, offrire chiavi di lettura interpretative – v. Parere 1/09 della Corte di giustizia – poi affidate all'attuazione da parte del giudice comune, ma anche per essere esso stesso elemento pienamente giustificativo di quell'effetto di non applicazione del diritto di matrice interno capace di incidere dalle fondamenta sul sistema di protezione dei diritti per come è concretamente attuato in ambito nazionale.

Assai significative appaiono le Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 25 giugno 2009 nella causa C-205/08, ove si intravede nel dialogo pregiudiziale uno strumento straordinario per il «rafforzamento della voce istituzionale di un potere degli Stati membri: la giustizia». Ciò che, in definitiva, significa valorizzare ancora di più il ruolo fondamentale dei giudici nazionali nello spazio costituzionale europeo. È dunque la giurisdizione «in quanto potere basato sull'indipendenza, sul rispetto della legge e sulla

¹³ G. Tesaur^o, *Sessant'anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell'Unione*, in www.questionegiustizia.it

risoluzione delle controversie» a godere di «una voce singolare, staccata dallo scenario politico e legata unicamente alla volontà del diritto». Se dunque «...L'autorevolezza dell'ordinamento europeo è quindi intrisa di una forte componente giudiziaria», tanto che «...Non è esagerato ritenere che la Corte di giustizia sia il responsabile ultimo del diritto dell'Unione grazie ai giudici nazionali...», tutto questo favorisce un clima di fiducia e di cooperazione che non ha in genere caratterizzato i rapporti fra giudice nazionale e Corte Edu, proprio per il diverso momento nel quale il giudice di Strasburgo interviene – all'esito dell'esaurimento delle vie di ricorso interne e dunque non in prevenzione – ma soprattutto per la diversità di funzione che la Corte Edu ha nel sistema di protezione dei diritti di matrice convenzionale.

Clima che, del resto, non ha mancato di fotografare proprio l'attuale Presidente della Corte di Giustizia che, in occasione del convegno organizzato da Area del novembre scorso, ebbe a dichiarare non solo che i principi gemellari dell'effetto diretto e del primato sono serviti, insieme al rinvio pregiudiziale, a «rafforzare i poteri dei giudici nazionali rispetto ai rami politici dello Stato nei settori disciplinati dal diritto dell'unione europea», ma anche «...che è nella natura stessa e negli scopi del diritto dell'Unione creare diritti soggettivi direttamente applicabili innanzi al giudice nazionale»¹⁴.

Se, dunque, il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle stesse, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale¹⁵ non si stenta a comprendere gli elementi a favore di una sempre più completa assimilazione del diritto Ue in ambito interno, senza che questo processo possa subire scossoni o rallentamenti di rilievo.

Emerge, così, in modo lampante, la centralità del ruolo del giudice nazionale nella formazione del diritto vivente europeo.

La stessa conformazione tipologica del rinvio pregiudiziale, destinato a suscitare una pronuncia della Corte di Giustizia che dispiega la sua efficacia ben al di fuori della vicenda giudiziaria che l'ha originata tanto da produrre un'efficacia *erga omnes*, stando all'espressione

¹⁴ Keon Lenaerts, *L'eredità del procedimento Costa c. ENEL*, in *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di Falletti e Piccone, Napoli, 2016, 22.

¹⁵ V., in tal senso, Corte di Giustizia 9 marzo 1978, *Simmenthal*, C-106/77, EU:C:1978:49, punti 21 e 24; Corte di Giustizia 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363, punto 43, Corte di Giustizia 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14, EU:C:2015:354, punto 32.

ormai in voga tra gli operatori, denota come il giudice nazionale si senta egli stesso parte del sistema di protezione dei diritti di matrice eurounitaria, davvero pienamente integrato con le logiche di base che hanno condotto ai Trattati istitutivi e poi all'Unione europea. Il giudice nazionale è, così, costruttore egli stesso dell'edificio euounitario, come ben dimostrato ancora di recente in occasione del cinquantennale della sentenza *Van Gend & Loos*. Il che dimostra quanto si sia 'trasformato' il ruolo del giudice comune nazionale.

Del resto, la tendenza della Corte di giustizia ad investire comunque il giudice nazionale dell'ultima parola sulle modalità con le quali l'interpretazione del diritto Ue è destinata ad operare in *fase discendente*, ma anche a compiere quelle operazioni di bilanciamento e proporzionalità che solo in relazione all'esame del caso concreto da parte del giudice di prossimità potranno essere effettuate nel modo più congruo, emerge in modo netto dalle sentenze che scrutinano i rinvii pregiudiziali e, da ultimo, da una delle due pronunzie sul velo islamico alle quali è stato dato un notevole risalto mediatico.

Corte giust. 15 marzo 2017, C-157/15, *Samira Achbita*, dopo avere tratteggiato i *principia* in tema di libertà religiosa, ha riconosciuto che la stessa può subire delle limitazioni come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte Edu (p.39). Ha poi evidenziato che la volontà di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa, deve essere considerata legittima (p.37), aggiungendo che il divieto a carico dei lavoratori di indossare in modo visibile segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose è idoneo ad assicurare la corretta applicazione di una politica di neutralità, a condizione che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico (p.40). E dopo avere tratteggiato i caratteri della discriminazione diretta e indiretta, ha demandato al giudice nazionale il compito di verificare se il divieto di indossare in modo visibile qualsiasi segno o indumento che possa essere associato ad un credo religioso oppure ad una convinzione politica o filosofica, corrispondente ad una politica dell'azienda messa in atto in modo indifferenziato con riferimento a qualunque credo religioso, aveva interessato unicamente i dipendenti della ditta che avevano rapporti con i clienti e se la stessa impresa era in condizione, di fronte al rifiuto di non indossare il velo della lavoratrice, di impiegare senza oneri aggiuntivi la stessa in un'attività che non comportasse contatto col pubblico. Così facendo il giudice di Lussemburgo demanda le attività di verifica necessarie al controllo concreto sull'esistenza o meno della discriminazione indiretta al giudice nazionale, indicandogli la strada da seguire per siffatto accertamento al fine di verificare la proporzionalità delle limitazioni alla libertà fondamentale che trova analoga protezione nella Carta dei diritti fondamentali e nella Cedu.

Come, prescindendo dalla condivisibilità o meno degli approdi del giudice comunitario, non intravedere in tale attività una vera e propria *alleanza* fra i due plessi giurisdizionali?

Che sui “seguiti” poco o nulla si sappia, come ci ricorda Ruggeri, in ragione della polverizzazione delle risposte che i singoli giudici di merito possono offrire quando si discorre di diritto Ue o quando gli stessi operano in prosecuzione della sentenza interpretativa della Corte Ue non credo possa considerarsi indice di acquiescenza da parte del giudice nazionale, semmai ciò forse dimostrando che le parti stesse dei giudizi nazionali abbiano trovato nella soluzione adottata dal giudice una composizione soddisfacente, tutte le volte in cui non si pone in discussione la correttezza della pronuncia che fa calare il sipario sulla ‘lite’. L’assenza di azioni di responsabilità a carico dell’attività giudiziaria del giudice comune nazionale sembra deporre in questa direzione, del resto.

Non mi pare, dunque, possibile sostenere che sia la Corte di giustizia a strozzare la possibilità di contrasti fra diritti di matrice eurounitaria e canoni fondamentali interni, ancora una volta tornando la palla al giudice nazionale ed al suo approccio ‘amichevole’ verso il diritto Ue.

5. L’ulteriore ruolo del rinvio pregiudiziale come ‘leva’ per risolvere i conflitti interni di giurisdizione

Va parimenti tratteggiandosi, come ulteriore indice di trasformazioni interne della giurisprudenza della Corte di cassazione, la tendenza volta ad investire la Corte di Giustizia dell’esame di questioni interpretative relative al diritto Ue soprattutto quando sono insorti contrasti nella giurisprudenza nazionale.

In questo senso è significativo che Cass. sez. V civ., (ord. interl. n. 11456/2011), nel riconoscere l’esistenza della dottrina cd. dell’*atto chiaro* abbia ritenuto non ricorrerne i presupposti ... in considerazione della mancanza di precedenti pronunce della Corte sul punto, sia della circostanza che, in ordine alla interpretazione delle norme interne sopra citate (come detto, meramente riproduttive della disciplina comunitaria), si sono registrate interpretazioni difformi nella giurisprudenza di questa Corte (e tenuto conto, altresì, del principio secondo il quale il giudice nazionale ha l’obbligo di adottare, tra diverse possibili letture di una norma interna, quella maggiormente aderente al diritto comunitario: Cass. nn. 7120 del 2002 e 5559 del 2005).

Nella stessa direzione la Cassazione, (ord. 25035/13¹⁶), ha proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia su una questione tributaria nella quale si erano andati formando indirizzi interpretativi diversi in ordine alla portata interpretativa di alcune decisioni della medesima Corte Ue. La scelta della Cassazione di dialogare con la Corte di giustizia piuttosto che demandare la soluzione del contrasto alle Sezioni Unite – rispetto alle quali le Sezioni semplici sono soggette a un preciso vincolo nascente dall’art. 374, comma 3, cod. proc. civ. – è stata indiscutibilmente collegata alla necessità di ottenere dal giudice di Lussemburgo chiarimenti non soltanto sulla portata del diritto dell’Ue, ma anche sul contrasto creatosi all’interno del giudice di ultimo grado sull’interpretazione della sentenza *Ecotrade* resa dalla Corte di Giustizia.

Ed in effetti, Corte giust. 11 dicembre 2014, causa C-590/13, *Idexx Laboratories*, ha deciso di prendere posizione non solo sul significato della giurisprudenza resa in passato dalla Corte di Giustizia in materia di *reverse charge*, ma (in)direttamente sul “contrasto” emerso a livello interno proprio in punto di riconoscimento del diritto a detrazione IVA in favore di soggetto che non aveva integralmente rispettato gli obblighi di natura formale previsti dall’ordinamento nazionale. Si è così affermato che «...i requisiti sostanziali esigono, come emerge dall’articolo 17, paragrafo 2, lettera d), della sesta direttiva, che tali acquisti siano stati effettuati da un soggetto passivo, che quest’ultimo sia parimenti debitore dell’IVA attinente a tali acquisti e che i beni di cui trattasi siano utilizzati ai fini di proprie operazioni imponibili». In questa prospettiva la mera ricorrenza di tali requisiti giustifica il riconoscimento del diritto alla detrazione dell’IVA anche se non sono stati rispettati i «requisiti formali, riconducibili agli artt. 18, paragrafo 1, lettera d), e 22 della sesta direttiva», i quali «...devono essere interpretati nel senso che tali disposizioni dettano requisiti formali del diritto a detrazione la cui mancata osservanza, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, non può determinare la perdita del diritto medesimo».

Ben si comprende come il rinvio pregiudiziale abbia in quest’ultima vicenda raggiunto molteplici obiettivi, offrendo al giudice di Lussemburgo la possibilità di chiarire ulteriormente la propria posizione in materia regolata dall’Ue, così propiziando una decisione non soltanto vincolante sul piano interpretativo per tutti i giudici dei Paesi membri, ma anche capace di ridurre il contenzioso interno e di depotenziare i contrasti giurisprudenziali nazionali.

Tutto questo non può che ulteriormente favorire i rapporti fra giudice nazionale e Corte

¹⁶ Cass. (ord.) 7 novembre 2013 n. 25035, in Foro.it, 2014, I, 835.

europea di Giustizia, con ovvie e comprensibili conseguenze sull'atteggiamento "amichevole" che il primo manterrà sulla risposta ottenuta dalla Corte di Lussemburgo.

E non occorre certo essere dei fini giuristi per comprendere come tale utilizzo del rinvio pregiudiziale finisca altresì con l'incidere profondamente sull'architettura interna della giurisdizione di legittimità.

Una spinta ulteriore verso questa prospettiva, che vede il giudice nazionale come motore risolutore di conflitti giurisprudenziali insorti all'interno di altri paesi su nozioni di rilevanza eurolunitaria, è stata di recente offerta da Corte giust., 9 settembre 2015, causa C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri*.

In tale occasione il giudice di Lussemburgo, pur avendo premesso che il giudice di ultima istanza, in linea generale, non è tenuto a proporre un rinvio pregiudiziale in caso di decisioni contraddittorie emesse da altri giudici nazionali allo stesso subordinati, ha tuttavia chiarito che in circostanze contraddistinte al contempo da correnti giurisprudenziali contraddittorie a livello nazionale e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione su talune nozione – direttiva 2001/23 – nei vari Stati membri, un giudice nazionale avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto ad adempiere al suo obbligo di rinvio alla Corte e ciò al fine di eliminare il rischio di un'errata interpretazione del diritto dell'Unione.

Qua si coglie davvero la cifra del ruolo del giudice nazionale – soprattutto se di ultima istanza –, davvero costruttore, in una dimensione internazionale, di un diritto dell'Unione Europea che non può fare a meno dell'apporto fornito dal giudice Ue.

6. La responsabilità dello Stato-giudice e l'atteggiamento pacato della Corte di giustizia

Non può sottacersi, nella prospettiva che si sta qui seguendo, l'atteggiamento misurato della Corte di giustizia sul tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto Ue per condotta del giudice di ultima istanza.

Occorre, anzitutto, prendere le distanze dal luogo comune che individuerebbe nell'ordinamento UE il principale responsabile delle recenti modifiche della legislazione interna adottate sul tema. Ed infatti, un approccio equilibrato alla questione consente agevolmente di ritenere che l'approfondimento delle ipotesi di responsabilità per violazione del diritto Ue ascrivibile allo Stato operato dalla giurisprudenza di Lussemburgo, fino a comprendere anche quella correlata alla violazione realizzata dal giudice nazionale di ultima istanza, si è mossa su un piano che non intendeva affatto coinvolgere la diretta responsabilità

del giudice.

Anzi, la Corte Ue non ha mai preso posizione sul tema della responsabilità diretta del giudice, limitandosi a regolare gli aspetti che guardano alla tutela dovuta dallo Stato per l'attività posta dai suoi organi (Corte giust., sent. *Köbler e Traghetti del mediterraneo*). Ed in modo analogo quel Giudice si è comportato con riguardo alla responsabilità del funzionario pubblico. È sufficiente sul punto ricordare come Corte giust. (Grande Sezione) 17 aprile 2007, C-470/03, *Suomen valtio and Tarmo Lehtinen* ha, fra l'altro, sottolineato che in caso di violazione del diritto eurounitario, questo non osta all'accertamento della responsabilità in capo a un soggetto di diritto diverso da uno Stato membro – in quel caso funzionario dell'amministrazione – in aggiunta a quella dello Stato membro stesso, per i danni provocati ai singoli da provvedimenti che tale soggetto di diritto abbia adottato in violazione del diritto comunitario, *ma neanche l'impone*.

Ed anche la precisazione, espressa in questo stesso contesto, che la responsabilità dello Stato non andava ad intaccare il giudicato formatosi in ambito interno (Sent. *Köbler*)¹⁷ non può non confermare come siano proprio i meccanismi di protezione dei diritti che innervano l'ambito dei rapporti fra diritto interno e diritto Ue a risultare assai *miti*.

Mitezza che, per converso, non può dirsi esattamente caratterizzare i rapporti fra giudice nazionale e Corte Edu che, anzi, proprio per le dinamiche con le quali esso è destinato ad operare, non solo presuppone l'esaurimento delle vie di ricorso interno ma individua, generalmente, nella decisione di ultima istanza del giudice nazionale l'elemento fondante della responsabilità dello Stato, con tutto quello che ciò comporta in termini di fiducia e condivisione.

È proprio l'architettura stessa del sistema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto Ue, che demanda alla stessa autorità giudiziaria nazionale, secondo le regole interne, l'eventuale accertamento della responsabilità dello Stato-giudice, a favorire un clima di cooperazione piuttosto che di scontro, rispettoso della primaria funzione giudiziaria nell'ordinamento interno, ma al contempo pienamente orientato a garantire la protezione di diritti di matrice eurounitaria.

¹⁷ Corte giust., 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler* p.39: «...Occorre considerare tuttavia che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno».

Ciò, in ultima analisi, conferma che nella prospettiva dell'Ue il margine di autonomia riservato ai singoli Stati è maggiore di quello garantito dalla Cedu.

Di tanto, del resto, vi è conferma se si guarda alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di protezione di diritti fondamentali costituenti il fulcro della Cedu stessa – vita, divieto di tortura – per i quali, in diversa prospettiva la risposta sanzionatoria richiesta ai singoli Stati per andare esente da responsabilità è particolarmente severa e rigida proprio in funzione della protezione massima che si intende garantire a tali posizioni giuridiche. In questo contesto si spiegano le decisioni della Corte Edu che hanno ritenuto necessarie, per elidere la responsabilità dello Stato, misure particolarmente severe –disciplinari, risarcitorie o addirittura penali – a carico degli agenti dello Stato per i decessi che si verificano in conseguenza della loro negligenza (Corte Edu, 15 gennaio 2009, *Branko Tomašić c. Croazia*, ric. n. 46598/06, § 64 e, per quanto riguarda l'Italia, *Maiorano c. Italia*, cit., § 127, e *Mastromatteo c. Italia*, cit., § 95). Ciò che, indubbiamente, dimostra la maggiore aggressività del diritto convenzionale – ovviamente in funzione protettiva di valori fondamentali considerati incompressibili – che, anche solo inconsciamente, può costituire un ulteriore freno alla completa attuazione della Cedu nell'ordinamento interno.

7. Le ragioni del successo nei rapporti fra giudice nazionale e Corte di Giustizia

Le considerazioni che si sono andate qui esponendo sembrano idonee, in definitiva, a confutare la *communis opinio* secondo la quale quando è in discussione la portata di una normativa eurounitaria l'influenza ed il “potere” della Corte di Lussemburgo si atteggiavano con tratti di *sovraordinazione* rispetto al giudice nazionale.

È noto che tale corrente convincimento sembra trovare alimento, per un verso, nella *naturale* capacità delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia di orientare i giudici nazionali nell'applicazione del diritto eurounitario secondo un meccanismo che assegna al *diritto vivente* di quel giudice il ruolo di “precedente vincolante” per qualunque giudice nazionale, anche territorialmente diverso da quello che ha suscitato il rinvio pregiudiziale. Ciò che, d'altra parte, costituirebbe il *riflesso* del *primato* del diritto Ue sul diritto nazionale, a più riprese declinato dalla stessa Corte di Giustizia, da ultimo nel caso *Melloni*¹⁸.

La realtà, in verità, sembra decisamente più complessa.

¹⁸ Sul quale ci si permette di richiamare, a fronte di autorevoli prese di distanza da tale decisione le minoritarie riflessioni esposte in *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in www.diritto.comparati.it

Già in passato ci siamo soffermati sulla trama del dialogo, ascendente e discendente, tra giudice di Lussemburgo e giudice nazionale, non potendosi disconoscere che tale «dialogo» non può prescindere da una chiara ripartizione dei rispettivi ruoli dei dialoganti, giungendo alla conclusione che l'affermazione del "primato" del giudice di Lussemburgo su quello nazionale lascia il passo a tratti di più marcata complementarità, cooperazione ed integrazione capaci, infatti, di ricondurre tale rapporto su parametri di equiordinazione.

In questo senso non è superfluo sottolineare, anzitutto, la "libertà" del giudice (non di ultima istanza) di attivare tale meccanismo¹⁹ e, con essa, la "centralità" del giudice nazionale, essendo questi non soltanto l'*unico* ad avere piena conoscenza dei fatti di causa, ma anche trovandosi nella situazione più idonea a valutare la pertinenza delle questioni di diritto sollevate e la necessità di una pronuncia pregiudiziale per poter emettere la propria decisione.

Questa *libertà*, peraltro, nasconde dei 'doveri' precisi del giudice nazionale che si traducono, in caso di non corretto esercizio delle prerogative attribuitegli, in ipotesi di irricevibilità del rinvio.

In tale circostanza assume peculiare rilievo la delimitazione del fatto e del diritto interno controversi, in assenza dei quali la Corte di Giustizia non potrà pronunciarsi²⁰.

È poi indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sui motivi della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui chiede l'interpretazione e sul nesso che individua tra quelle disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia di

¹⁹ Corte giust., sent. 17.4.2007, *A.G.M.-COS.MET*, C-470/03; Corte giust., sent. 22.6.2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10 – sulla quale v. Galetta Diana-Urania, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Dir.Un.eur.*, 2011, 1, 223 ss. – ha poi ribadito la libertà del giudice nazionale, in ogni fase del procedimento innanzi allo stesso ed anche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale, di sottoporre alla Corte di giustizia qualsiasi questione pregiudiziale precisando che l'art. 267 TFUE non osta ad una normativa nazionale che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, purché gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi: i) di adire la Corte, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale; ii) di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e iii) di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione (cfr. sul punto, Domenicucci).

²⁰ Cfr. Corte giust. 13 febbraio 2014, causa C-419/12 e C-420/12, *Crono Service scrl*, p. 32: «... risulta da costante giurisprudenza della Corte che l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui s'inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate. Tali condizioni valgono in modo del tutto particolare nel settore della concorrenza, caratterizzato da situazioni di fatto e di diritto complesse (v., in particolare, sentenze *Attanasio Group*, cit., punto 32 e la giurisprudenza ivi citata, nonché del 10 maggio 2012, *Duomo Gpa e a.*, da C-357/10 a C-359/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22)».

cui è investito²¹.

Non può nemmeno sottacersi che il tradizionale sbarramento che la Corte di Giustizia ha fissato rispetto all'interpretazione del diritto nazionale – riservato in via esclusiva al giudice domestico – viene talvolta valicato chiarendosi che, ferma l'interpretazione delle disposizioni nazionali riservata in via esclusiva ai giudici nazionali e non alla Corte di Giustizia, alla quale nemmeno spetta di verificare la compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto Ue, il giudice di Lussemburgo rimane competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione propri del diritto eurounitario che gli consentano di valutare la compatibilità di norme di diritto interno con la normativa Ue²².

Ed è proprio questo il punto nodale del dialogo.

Per questo, tanto le *Note informative* che le *Raccomandazioni* ai giudici nazionali della Corte di Giustizia insistono sul fatto che il giudice del rinvio, se si ritiene in grado di farlo, può indicare succintamente il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte²³.

Come ci è capitato di affermare in passato tale notazione, ben lungi dall'essere marginale, risulta di notevole importanza se si riflette sul fatto che con essa la Corte di Giustizia mostra di avere a cuore le valutazioni espresse sulla questione controversa dal giudice nazionale. Valutazioni e tesi che vengono dunque a costituire anch'esse un anello della catena che condurrà alla soluzione del quesito per mano della Corte Ue e che, nel caso *Taricco* di recente demandato alla Corte di Giustizia dalla Corte costituzionale costituiscono il modo più proficuo per imbastire una trama appagante del dialogo, qualunque sia poi l'esito che ciò può determinare nell'ambito delle scelte riservate a ciascun plesso giurisdizionale, interno e sovranazionale.

Per altro verso, il rapporto fra sentenza interpretativa della Corte di Giustizia e processo interno nel quale il rinvio pregiudiziale è stato sperimentato non sembra, anzitutto, da qualificare in termini di efficacia del "giudicato" eurounitario sul "giudicato *in fieri*" che si

²¹ V., in particolare, Corte giust. 21 gennaio 2003, *Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins*, C-318/00, p. 43; Corte giust. 13 febbraio 2014, causa C-367/12, *Susanne Sokoll-Seebacher*, p.16.

²² V., Corte giust., 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, punto 19; Corte giust., 29 luglio 2010, causa C-188/09, *Dyrektor Izby Skarbowej w Białymstoku*; Corte giust., 14 marzo 2013, causa C-527/11, *Valsts ieņēmumu dienests*, p.35.

²³ Cfr., da ultimo, punto 6 delle Raccomandazioni della Corte di Giustizia in GUCE, 25.11.2016, C-439/1: «... Nei limiti del possibile, il giudice del rinvio precisa inoltre sinteticamente il suo punto di vista sulla risposta da dare alle questioni proposte in via pregiudiziale».

produrrà ad opera del giudice nazionale²⁴. La sentenza interpretativa, infatti, tralascia di statuire sul fatto e sul merito della controversia, occupandosi di quel segmento particolare costituito dalla rilevanza del diritto eurounitario ai fini della decisione della controversia pendente innanzi al giudice nazionale²⁵. E, anzi, proprio quando è la stessa Corte a demandare al giudice nazionale il compimento di talune attività, emerge in tutto il suo significato il nesso di interdipendenza fra Corte UE e giudice nazionale.

Ancora, quando il giudice nazionale si confronta con una sentenza interpretativa della Corte di giustizia resa in diversa controversia da quella innanzi allo stesso pendente egli è chiamato (cd. efficacia extraprocessuale della sentenza interpretativa della Corte di giustizia), anzitutto, ad isolare la *ratio decidendi* della decisione.

L'individuazione della regola generale, senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente, porterà dunque il giudice a verificare se la sentenza interpretativa resa dalla Corte di Giustizia è o meno vincolante per la fattispecie specifica. In ciò appare evidente che il giudice nazionale viene lasciato libero di valutare se esista o meno compatibilità fra il suo caso e quello del precedente.

Ed è in questa verifica che si coglie la centralità del giudice nazionale, chiamato a valutare se i fatti al suo cospetto sono i medesimi che hanno originato la decisione della Corte di Giustizia, ovvero se gli stessi sono talmente diversi da rendere inapplicabile la decisione della Corte.

In altri termini, tutte le volte in cui il giudice nazionale dovesse accorgersi che la *ratio decidendi* della sentenza della Corte di Giustizia è derivata da una vicenda non coincidente con quella posta al suo vaglio, lo stesso giudice non sarà tenuto ad uniformarsi alla decisione della Corte europea, ma dovrà semmai sollevare un nuovo rinvio o decidere egli stesso la causa sulla base dell'interpretazione del diritto eurounitario ritenuta congrua.

Il che, in definitiva, da un lato dimostra quanto la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia non determina affatto un ingessamento del diritto vivente della Corte Ue e, per altro verso, ancora una volta valorizza l'opera del giudice nazionale, chiamandolo ad un operato che

²⁴ G. Nucera, *Sentenze pregiudiziali della Corte di Giustizia e ordinamento tributario interno*, Padova, 2009, 99 ss.

²⁵ Cfr. p. 8 della Raccomandazioni della Corte di giustizia sulle modalità di redazione dei rinvii pregiudiziali, in GUUE, 6.11.2012, 338/3: «... Quando si pronuncia sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, la Corte cerca peraltro di dare una risposta utile per la definizione della controversia principale, ma spetta al giudice del rinvio trarne le conseguenze concrete, disapplicando eventualmente la norma nazionale di cui trattasi».

si avvicina parecchio a quello proprio del sistema di matrice anglosassone, tutto incentrato sul *distinguishing*²⁶.

D'altra parte, nulla impedisce che, in seguito ad un rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale non ritenga la decisione resa dalla Corte di giustizia intrinsecamente chiara o, ancora, completamente esaustiva. Nel primo caso si potrà attuare il meccanismo previsto dall'art. 158 del Regolamento di procedura della Corte²⁷, teso ad ottenere una pronuncia esplicita della Corte sul significato della sentenza resa. E nemmeno può dirsi esclusa la possibilità che il giudice nazionale solleciti la Corte europea a "chiarire" il senso della sua giurisprudenza²⁸.

Va ulteriormente sottolineata la possibilità del giudice nazionale di investire nuovamente la Corte di giustizia su una questione già decisa per sollecitare un superamento delle coordinate già espresse sulla questione dal giudice europeo²⁹, ancora una volta tratteggiandosi il meccanismo del rinvio pregiudiziale in termini di straordinario *cuore pulsante*, capace di fornire alimento per un continuo processo di aggiornamento del diritto Ue.

Resta da dire che nemmeno l'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza elide quel nesso di complementarità che caratterizza il rapporto fra giudice nazionale e Corte Ue³⁰.

Per l'un verso, infatti, il potere valutativo in ordine all'*an* del rinvio spetta allo stesso modo al giudice *non* è di ultima istanza (v. p. 26 sent. *Consiglio nazionale dei geologi*, cit.). Per altro verso, l'apparente insoddisfazione che nasce dal modello *Cilfit* costituisce, tutto al contrario, piena dimostrazione dell'inesistenza di meccanismi rigidi che lasciano al giudice nazionale la ponderazione e valutazione del diritto Ue, dei precedenti della Corte europea, del suo significato e della sua rilevanza nella vicenda posta al suo vaglio.

²⁶ G. Nucera, op.cit., 123 ss.; G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. Dir.cost.*, 2004, 271.

²⁷ V. Reg. Corte di giustizia, in <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rpit.pdf>.

²⁸ V. Cass. 7 novembre 2013 n. 25035, in *Foro it.*, 2014, I, 835.

²⁹ Corte Giust. 24 giugno 1969, causa C-29/68, *Milch Fett und Eierkontor GmbH c. Hauptzollamt Saarbrücken*, p.3: «...l'interpretazione della Corte di giustizia vincola detti giudici, che però restano liberi di stabilire se la pronuncia della corte abbia fornito loro lumi sufficienti oppure sia necessario interpellare nuovamente la corte di giustizia».

³⁰ Vedi G. Damele, F. Pallante, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo: un (paradossale) ritorno del cognitivismo giuridico?*, cit., 256.

8. Il ruolo del giudice nazionale, fra nuove esigenze di nomofilachia europea e prospettive di uguaglianza

Il mutamento e, dunque, la trasformazione del ruolo del giudice – comune e di ultima istanza³¹ – si delineano attraverso non marginali “cessioni di supremazia” in favore delle Corti sovranazionali, alle quali fa per altro verso da contrappeso l’acquisizione di non indifferenti “quote di sovranazionalità” che contribuiscono ad avvicinare le Corti tutte, intersecandone in modo più deciso i compiti, gli sviluppi interpretativi e le soluzioni.

Ed è proprio su questo versante che si apprezza, in maniera davvero imponente, la discontinuità con un passato caratterizzato da una visione del giudice interno – di merito e/o di ultima istanza – oggi davvero impossibile da assecondare.

La quotidiana opera di riconformazione, riparametrazione, riformulazione della giurisprudenza alle istanze provenienti dal diritto sovranazionale alla quale si assiste, mai unidirezionale ma, anzi, tendenzialmente rivolta ad operazioni improntate a realizzare al meglio l’esercizio della giurisdizione ed il massimo appagamento dei diritti fondamentali costituisce la *cifra* di un diritto giurisprudenziale interno che supera ampiamente il recinto nazionale³², partecipando in modo incessante a processi di concretizzazione dei diritti destinati ad entrare nel circuito internazionale.

Quanto ora rappresentato consente di fortemente rimodulare e, in definitiva, rivitalizzare il principio di sussidiarietà posto a base del sistema, come integrato dal diritto Ue e dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, nel senso che esso *investe*, ancora una volta ed in modo deciso, sul giudice nazionale, offrendogli strumenti di dialogo di portata cruciale – si è detto qui, ampiamente, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia Ue, ma il pensiero corre altresì alla richiesta di parere preventivo delle Alte giurisdizioni interne alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo voluto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e ancora, purtroppo, in attesa di ratifica da parte del nostro Paese – sulla strada della sempre maggiore, più efficace ed effettiva tutela dei diritti fondamentali.

Il mutare delle coordinate rappresentato dall’avvento del diritto di matrice sovranazionale – diritto Ue, Cedu, trattati internazionali che riconoscono diritti fondamentali, in relazione a quanto previsto dall’art.117, 1^a comma, Cost. – rende viepiù evidente il cambio di prospettiva

³¹ Abbiamo provato a sviluppare questo tema in *Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in www.consultaonline.org

³² A. Ruggeri, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014, specificamente nel paragrafo dedicato alle *mutazioni genetiche* della funzione giurisdizionale.

della funzione nomofilattica – e in definitiva la *mutazione genetica* – della Corte di Cassazione, ormai “giuridicamente obbligata” a garantire – anche – l’uniforme interpretazione della legge come reinterpreta alla luce della Cedu della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue e dei trattati internazionali e del diritto di matrice Ue. In questa prospettiva abbiamo già proposto alcune riflessioni sui temi della metamorfosi della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e della cd. *nomofilachia europea* alle quali qui è sufficiente rinviare³³.

A questa prospettiva si affianca poi, in modo progressivamente crescente, l’esigenza imperiosa di salvaguardare e perseguire il valore transepocale e tendenzialmente universale dell’eguaglianza che, insieme alla libertà e alla dignità umana, costituisce l’architrave della nostra democrazia, come continua a ricordarci Antonio Ruggeri³⁴.

9. Alcuni fronti aperti innanzi al giudice nazionale

Orbene, quello dei rapporti fra le diverse Carte dei diritti fondamentali e, per quel che qui più direttamente importa fra Carta dei diritti fondamentali Ue, Cedu e Costituzione rappresenta un ambito ancora da compiutamente esplorare.

La diversa origine del diritto Ue pone, in effetti, la prima Carta³⁵ in una posizione di maggiore pervasività rispetto alla seconda, innestandosi essa nella disciplina del diritto Ue e, dunque, beneficiando di quel clima qui descritto e, a monte, del sistema di inserimento del diritto Ue in ambito nazionale capace di garantire, oggi più che mai, sicuro e florido futuro. Clima che, è inutile nasconderselo, non è facile esportare nell’ambito dei rapporti fra diritto interno e Cedu e che risente, dunque, della ricostruzione operata dalla Corte costituzionale.

Uno dei temi da sciogliere rimane, allora, quello di capire se l’applicazione diretta (da parte del giudice nazionale comune) delle disposizioni precettive della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue – capace di ‘superare’ anche lo scoglio della disposizione contemplata dalla Costituzione ad essa contraria(e fatti salvi i controlimiti) – possa tollerare che un diritto di portata analoga

³³ V., volendo, R. Conti, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte UE: risorsa, problema e principio fondamentale di cooperazione al servizio di una nomofilachia europea*, Relazione al Convegno sul tema «Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme Nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo» – 23 e 29 ottobre 2014 –, organizzato presso la Corte di Cassazione dalle Strutture territoriali di formazione decentrata della Corte di Cassazione e della Corte d’Appello di Roma, in www.cortedicassazione.it in precedenza Barone, *The european «nomofilachia» network*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc.2, 2013, pag. 351.

³⁴ A. Ruggeri, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, 2016, 174, così richiamando G. Silvestri, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2014, p. 3 ss.; G. M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora quando?)*, in www.rivistaaic.it, 4/2014

³⁵ Su ciò, per tutti, L. Trucco, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Torino, 2013.

a quello della Carta Ue – ma contemplato nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo – non abbia applicazione diretta al di fuori dai casi disciplinati dal diritto Ue e sia, invece, sottoposto al sistema inaugurato dalle sentenze gemelle del 2007, poi rimodulato dalla sentenza n. 49/2015.

Qui, al di là dell’insoddisfacente esito al quale è giunta la Corte costituzionale nella sentenza n. 49, sul quale non è dato qui ritornare³⁶, un problema di eguaglianza si pone ed occorrerà affrontare, come ci ricorda anche Antonio Ruggieri.

Per altro verso, occorrerà ancora impegnarsi nell’individuazione delle tecniche di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue quando essa rispecchia diritti già riprodotti nella Cedu che abbiano sempre e comunque presente la giurisprudenza della Corte Edu.

È noto che l’articolo 6 del Trattato sull’Unione europea, nella sua ultima versione, stabilisce che «L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

È poi l’articolo 52.3 della Carta Ue a prevedere che «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione». È la stessa disposizione ad aggiungere, al par.4, che «laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette

³⁶ V. volendo i numerosi commenti a tale pronuncia, A. Ruggieri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2015; nella stessa «Rivista», M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente* nonché, pure ivi, in V. Manes, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; P. Mori, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la Cedu*, in www.sidi-isil.org, 15 aprile 2015, e D. Tega, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015; B. Randazzo, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 3, 617; R. Conti, *La Cedu assediata? (Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 10 aprile 2015, p. 181 ss.;

tradizioni»³⁷.

Si pone, così, il problema di individuare il *ruolo* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e delle tradizioni costituzionali e comuni rispetto ai diritti contemplati dalla Carta Ue.

Sembrirebbe agevole ipotizzare una sorta di *gerarchia* fra Corte di Strasburgo e Corte di Giustizia, tale da giustificare l'assoggettamento della seconda alla prima, proprio per completare l'opera di armonizzazione che il ricordato art.52 pare caldeggiare. Ed analoga *gerarchia* potrebbe individuarsi – anche se con tratti notevolmente diversi in relazione al carattere sfuggente delle tradizioni costituzionali comuni – fra dette tradizioni comuni e la Cedu.

Anche qui la giurisprudenza delle due Corti sembra *cooperare* all'individuazione dei contenuti dei diritti fondamentali e non sembra affatto imporre, almeno allo stato, un vincolo a carico della Corte di Giustizia sull'interpretazione della Cedu, preferendosi, ancora una volta, l'utilizzo di formule meno perentorie per delineare i rapporti fra le Corti³⁸.

Vincolo che non vi è mai stato prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza-Strasburgo e che è apparso influente rispetto ad un'armoniosa tutela dei diritti da parte delle due Corti.

Né, d'altra parte, il Preambolo della Carta Ue considera la giurisprudenza della Corte di Strasburgo come dotata di efficacia vincolante, semmai riconoscendo alla Corte di Strasburgo, al pari che alla Corte di Giustizia, il ruolo di artefice nella protezione dei diritti fondamentali. In effetti, sul punto l'avviso della Corte di giustizia non può definirsi univoco. A volte si afferma che quando l'individuazione del contenuto di siffatti diritti viene disciplinato dalla Cedu l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione. Ma è pur vero che nel medesimo contesto la Corte di

³⁷ Cfr. Spiegazioni alla Carta *sub* art. 52: «...La regola d'interpretazione contenuta nel paragrafo 4 è stata basata sulla formulazione dell'articolo 6, paragrafo 3 del trattato sull'Unione europea e tiene nel debito conto l'approccio alle tradizioni costituzionali comuni seguito dalla Corte di giustizia (ad es., sentenza del 13 dicembre 1979, causa 44/79 Hauer, Racc. 1979, pag. 3727; sentenza del 18 maggio 1982, causa 155/79, AM&S, Racc. 1982, pag. 1575). Secondo tale regola, piuttosto che in un'impostazione rigida basata sul «minimo comun denominatore», i diritti in questione sanciti dalla Carta dovrebbero essere interpretati in modo da offrire un elevato livello di tutela che sia consono al diritto dell'Unione e in armonia con le tradizioni costituzionali comuni».

³⁸ V. di recente, Corte. Giust. Grande Sezione, causa C-465/07, 17 febbraio 2009, Meki Elgafaji, delineando i rapporti fra Cedu e Corte dei diritti umani (p. 28) «... A tale proposito, occorre rilevare che, benché il diritto fondamentale garantito dall'art. 3 della Cedu faccia parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte assicura il rispetto e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo venga *presa in considerazione* nell'interpretare la portata di tale diritto nell'ordinamento giuridico comunitario...».

giustizia non manca di sostenere che la Cedu non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione³⁹. E poiché le spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta di Nizza Strasburgo indicano che il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la Cedu, «senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea» lo stesso giudice di Lussemburgo ha ritenuto che «...secondo un principio ermeneutico generale, un atto dell'Unione deve essere interpretato, nei limiti del possibile, in modo da non inficiare la sua validità e in conformità con il diritto primario nel suo complesso e, in particolare, con le disposizioni della Carta»⁴⁰.

Per questo motivo la Corte di giustizia preferisce, a volte, ricorrere alla dizione per cui la Cedu 'deve essere presa in considerazione per interpretare l'articolo della Carta di Nizza Strasburgo ad essa corrispondente'⁴¹. Anche se talvolta la stessa Corte di Lussemburgo non ha mancato di fare derivare dal mancato inserimento della Cedu nell'ordinamento Ue l'omesso riferimento alla giurisprudenza della Corte Edu sul corrispondente articolo della Convenzione⁴².

Si tratta, in definitiva, di un indirizzo che tende, in modo più o meno marcato, a smarcare la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo da un vincolo preciso rispetto alla Cedu che, come detto, non costituisce 'atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione.'

Ora, è ben evidente che la posizione del giudice comune nazionale rispetto alla Cedu è in qualche modo differente, poiché la Cedu è entrata con modalità varie a seconda dei singoli Stati e, giusto per restare in Italia, essa è stata resa esecutiva con legge dello Stato.

Si vuol dire che il 'vincolo' del giudice italiano rispetto all'interpretazione della Carta in modo 'conforme' a Cedu, quando essa abbia trasposto identicamente alcuni diritti di matrice già convenzionale, sembrerebbe essere assai più incisivo, apparendo difficile che il giudice nazionale offra un'applicazione della Cedu, che costituisce fonte normativa interna efficace ed immediata, differente a seconda dei casi in cui essa viene in rilievo, diretto o indiretto che sia.

In realtà, non è attraverso il metro gerarchico che possono sciogliersi i nodi dei rapporti fra

³⁹ Corte giust., sentenze *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, nonché *Inuit Tapiriit Kanatami e a./Commissione*, C-398/13 P, EU:C:2015:535, punto 45.

⁴⁰ Corte giust., sentenze *McDonagh*, C-12/11, EU:C:2013:43, punto 44, e *Riesame Commissione/Strack*, C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, punto 40; Corte giust.[GC] 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, § 47-48.

⁴¹ Corte giust. 16 febbraio 2017, C-578/16 PPU, C. K., §68; Corte giust., 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, JZ, § 50; Corte giust., Corte giust. [GC] 15 febbraio 2016, causa C-601/15 PPU, cit., § 77.

⁴² Cfr. Corte giust., 6 ottobre 2016, causa C-218/15, *Gianpaolo Paoletti e altri*.

le Carte dei diritti fondamentali, dovendosi preferire un'impostazione assiologica sostanziale(Ruggeri) proprio in relazione alla quasi *naturale* vocazione delle giurisdizioni – nazionali e sovranazionali – e prim'ancora delle Carte dei diritti fondamentali ad integrarsi vicendevolmente attraverso la creazione di criteri di raccordo fra ordini giuridici non improntati al rispetto di un ordine gerarchico⁴³.

E, probabilmente, analoghe considerazioni sembrano doversi fare a proposito del “vincolo” interpretativo alle tradizioni costituzionali comuni che sembrerebbe emergere dalla Carta di Nizza-Strasburgo⁴⁴.

Vi è poi il tema, ulteriore, della portata della Carta dei diritti Ue rispetto alle materie ‘non eurounitarie’.

Più volte ci è capitato di sostenere, con forza, la necessità di mantenere la Carta Ue all'interno dei paletti che il suo ordinamento di riferimento le ha conferito⁴⁵. Ma tale posizione, per l'uno verso deve fare i conti con l'atteggiamento espansivo che pure emerge, talvolta, all'interno della Corte di Cassazione quando si tratta di delineare i confini del diritto Ue e della Carta dei diritti fondamentali⁴⁶. In ogni caso, anche la posizione più rigorosa e coerente rispetto alle coordinate rigide fissate dalla Corte di giustizia sulla portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue non impedisce affatto di prospettare il ‘dovere’ del giudice comune di orientarsi fra (tutte) le Carte dei diritti fondamentali in una prospettiva che, attraverso il ricorso all'interpretazione dei diversi strumenti non governati da logiche di primato, riuscisse ad alimentare incessantemente

⁴³ S. Cassese, *I Tribunali di Babele*, Roma, 2009, 70.

⁴⁴ Cfr. A. Ruggeri, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.csm.it: «...La Carta di Nizza riconosce di poter valere soltanto nella misura in cui si mantenga fedele alle tradizioni costituzionali comuni, cioè a prodotti d'integrazione interordinamentale al più alto livello, quello delle Costituzioni nazionali (scritte o non scritte che siano), frutto di originale selezione, rielaborazione e composizione ad opera del giudice comunitario. Ciò che, poi, dal punto di vista qui adottato, ha ancora più significato è che la Carta stessa richiede, prima ancora di essere applicata, di essere interpretata in modo conforme alle tradizioni suddette. A loro volta, le tradizioni comuni, per un verso, si alimentano dalle tradizioni costituzionali e, però, per un altro verso, tornano negli ordinamenti nazionali attraverso le rappresentazioni che ne offre la giurisprudenza comunitaria, nonché attraverso gli atti dell'Unione che ne danno specificazione-attuazione, variamente così incidendo sulle pratiche sia produttive che interpretativo-applicative di diritto interno (anche al piano costituzionale). La Carta di Nizza, inoltre, fa esplicito riferimento alla Cedu, così come questa, per voce della sua Corte, si richiama alla giurisprudenza comunitaria e, di riflesso, alle giurisprudenze nazionali».

⁴⁵ Volendo, v. R. Conti, *Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei “confini” fra diritto UE e diritti nazionali dopo Corte giust. 6 marzo, causa C-206/13, Cruciano Siragusa*, in *Consulta on line*, 04 aprile 2014.

⁴⁶ Esempio tangibile di tale atteggiamento espansivo lo si trova in Cass. pen., 15 novembre 2016 (dep. 21 dicembre 2016), n. 54467, in www.penalecontemporaneo.it, con commento di I. Gittardi, *La miccia è accesa: la Corte di Cassazione fa diretta applicazione dei principi della carta di Nizza in materia di ne bis in idem*.

i contenuti dei rispettivi documenti in un gioco al rialzo rivolto al perseguimento della miglior tutela possibile dei diritti fondamentali ⁴⁷. In questa prospettiva, sposando *toto corde* l'insegnamento degli studiosi che continuano a sottolineare la necessità di un'incessante opera di raccordo che il giudice comune può e deve svolgere non per scelta autoreferenziale, ma in una prospettiva di vero e proprio dovere, al servizio dei diritti e delle persone.

10.A proposito del bilanciamento

Senza volere sottodimensionare le difficoltà di un approccio che si fonda sull'equilibrio fra i diritti fondamentali di varia estrazione, non pare potersi disconoscere, proprio alla luce delle considerazioni espresse nel precedente paragrafo, che il ragionare sui valori fondamentali dei quali ogni persona gode tende a muoversi sulle coordinate di un "bilanciamento" fra diritti fondamentali sanciti da strumenti normativi (talvolta) inseriti in sistemi giuridici distinti (ma pur sempre collegati)⁴⁸.

E che, dunque, questa sia proprio una delle sfide più complesse che si aprono innanzi all'operato del *giudiziario* non sembra discutibile se si considera quanto l'intero sistema interno sia tarato su coordinate di legalità formale che guardano con sfavore a siffatto intervento operato fra legge e valori.

Ad ogni buon conto che tale attività di bilanciamento spetti, in prima battuta, al legislatore, è fuori di dubbio.

Ma che a quest'ultimo si affianchi, ineludibilmente, il ruolo del giudice, costituzionale e non,

⁴⁷ Sul tema della migliore tutela il rinvio obbligato è a A. Ruggeri, in numerosissimi scritti e, fra i tanti, v. *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, 166: «...Che le cose stiano così ne dà conferma proprio quel canone fondamentale della miglior tutela che la stessa Corte dichiara stare a base delle relazioni tra Cedu e Costituzione (e diritto interno in genere) e che – come si diceva – è imposto dai valori fondamentali di libertà ed eguaglianza, nel loro fare "sistema" coi valori costituzionali restanti. Un canone, dunque, che, seppur non esplicitamente enunciato nella nostra Carta, a differenza di quanto è espressamente stabilito nell'art. 53 della Cedu e nello stesso art. della Carta dei diritti dell'Unione (col configurare quale meramente "sussidiario" il ruolo giocato dalle Carte stesse al piano della salvaguardia dei diritti rispetto al modo con cui quest'ultima è data in ambito interno), è linearmente deducibile dai valori suddetti, i quali anzi non avrebbero senso alcuno né offrirebbero alcuna effettiva garanzia qualora non dovesse darsi seguito al canone stesso, col quale fanno tutt'uno, assicurandosene il rispetto alle condizioni oggettive di contesto».

⁴⁸ Generalmente ci si troverà di fronte a diritti comprimibili, talaltra a diritti *assoluti*, rispetto ai quali si sfruttano tecniche interpretative dietro alle quali si celano, ancora una volta, operazioni di bilanciamento: cfr. A. Tancredi, *La tutela dei diritti fondamentali «assoluti» in Europa: «It's all balancing»*, in *Ragion pratica*, 2007, 383 ss.; id., *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 692. Sul tema del bilanciamento v. R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 142 ss.; A. Cerri, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, in *Giur. cost.*, 1987, 1860 ss.; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 11 ss.

al quale spetta non soltanto il compito di verificare che l'opera legislativa di bilanciamento sia conforme ai valori fondamentali anzidetti⁴⁹, ma anche quello di "interpretare" il diritto scritto e valutarne la conformità con i parametri della Costituzione e delle altre Carte⁵⁰, pare altrettanto evidente.

Sul punto, è ancora una volta utile rinviare ai numerosi scritti di Antonio Ruggeri che, più di ogni altro, ha compiutamente dimostrato, pur non nascondendosi le insidie sottese al suo ragionamento, i lati virtuosi di *processi interpretativi complessi*, caratterizzati da un *orientamento circolarmente conforme* fra le tradizioni costituzionali nazionali e quelle europee che giunge a meccanismi di tutela più intensa dei diritti attraverso ponderate tecniche di bilanciamento⁵¹.

Tornano pure alla mente le riflessioni di Gustavo Zagrebelsky quando ricorda che la pluralità dei principi e l'assenza di una gerarchia formalmente determinata comportano che non vi possa

⁴⁹ Un ottimo esempio di quanto si è detto nel testo è dato dalla recente Cass. 3 ottobre 2008 n. 19, ove si è affermato, a proposito della norma che aggancia l'indennizzo espropriativo alla denuncia I.C.I., che «...La norma di aggancio limitativo dell'indennizzo espropriativo di area fabbricabile al valore alla stessa attribuito nell'ultima dichiarazione ai fini di applicazione dell'I.C.I. ...va letta, infatti, alla luce del necessario equo bilanciamento tra gli opposti valori costituzionali, che in essa vengono in gioco, rappresentati, per un verso, dal dovere di concorrere alla spesa pubblica (*sub* art. 53 Cost.) e, per altro verso, del diritto del proprietario al giusto indennizzo dell'immobile espropriatogli (di cui all'art. 42 Cost.)». Ed in quest'attività cui il giudice è tenuto la Cassazione ha espressamente escluso che l'obiettivo perseguito dalla normativa anzidetta – incentivare fedeli dichiarazioni per l'imposta in questione e realizzare una tendenziale armonizzazione dei valori delle aree fabbricabili ai fini tributari ed a quelli espropriativi – non poteva attuarsi «in forma sbilanciata, con penalizzazione del diritto indennitario in caso di omessa o non fedele dichiarazione I.C.I...».

⁵⁰ Cfr. anche, di recente, V. Zagrebelsky, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu: «...E in ogni caso mi pare si debba considerare che in un sistema di diritti dell'uomo come quello europeo, sofisticato e ricco di diritti riconosciuti, il conflitto giurisprudenziale può facilmente sorgere quando più diritti si pongano in contrasto o concorrenza, senza che l'uno possa essere completamente sacrificato all'altro e con la necessità quindi di procedere a valutazioni di bilanciamento e proporzione».

⁵¹ Cfr., di tale Autore, *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)*, cit.; idem, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in www.csm.it; *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.federalismi.it; idem, *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in www.astrid.online.it; idem, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, ove si sottolinea la recente entrata in vigore dell'art. 4 del Trattato di Lisbona per ulteriormente confermare la necessità di operazioni di continuo bilanciamento tra principi-valori: «...le stesse tradizioni tipiche del singolo Stato, nei limiti in cui effettivamente si differenzino da quelle comuni, danno corpo, secondo la illuminata previsione dell'art. 4 del trattato di Lisbona (e già dell'art. I-5 del trattato costituzionale), ad uno dei principi di base dell'ordinamento europeo; di modo che, ancora una volta, i conflitti tra le norme dei due ordinamenti si convertono ipso iure in conflitti tra principi fondamentali dell'Unione, bisognosi – come sempre – di essere ripianati con la tecnica del bilanciamento».

essere una scienza della loro composizione, ma una prudenza nel loro bilanciamento⁵². Tema che si arricchisce di ulteriore linfa se si considera che il già ricordato art. 4 TUE non ha mancato di specificare l'obbligo dell'Unione di rispettare *l'identità nazionale insita* nella struttura fondamentale degli Stati membri. Il bilanciamento è, dunque, un fenomeno, comune alle giurisdizioni superiori nazionali e sovranazionali, che comincia a comparire tanto nella giurisprudenza – costituzionale⁵³ e di legittimità⁵⁴ – quanto in quella di Lussemburgo⁵⁵ e di

⁵² G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 200: «...Quello che può apparire come l'arbitrio degli interpreti e l'incertezza del diritto non dipendono affatto, fondamentalmente, da una o da un'altra concezione dell'interpretazione del diritto ma da molto più profonde condizioni nelle quali il diritto è chiamato ad operare.... Se ciò comporta conseguenze negative sulla certezza del diritto, occorre avere chiaro che esse non sono lo stravolgimento, ma la conseguenza dei sistemi giuridici attuali...»; «...l'appello alla giustizia accanto o contro le regole della legge, non può più essere visto come un gesto eversivo e distruttivo del diritto (a differenza di ciò che era nell'epoca del positivismo giuridico) ma è un evento previsto e ammesso...»; «...La fissità, che è un aspetto della certezza, non è dunque più un elemento portante degli attuali sistemi giuridici e al *deficit* di certezza che ne deriva non si potrebbe porre rimedio con una più adeguata teoria dell'interpretazione...».

⁵³ V. sul punto, S. Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.it, in particolare par. 10.

⁵⁴ Cfr. S.U. 25 ottobre 2010 n. 21799, in tema di ricongiungimento familiare – art.31 t.u. espulsione -, per cui v. *infra*.

⁵⁵ A tal proposito possono ricordarsi la sentenza *Schidberger* –12 giugno 2003, causa C-112/00, *Racc.*, p. I-5659- e *Omega* - Corte giust. 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *ivi*, *Racc.*, I-9609-. In queste decisioni si è posto il problema della necessaria conciliazione tra diritti fondamentali e libertà fondamentali, riconoscendo, in termini generali che i primi possono incidere sul godimento delle seconde – v., volendo R. CONTI, *Direttive dettagliate ed efficacia diretta nei rapporti interpretati: il timone passa al giudice nazionale*, in *Corr giur.*, 2005, 2,188 e, soprattutto, A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, *cit.*, 644 ss.. Ora, Corte giust. (Grande Sezione) 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)*, in www.curia.eu.int, ha ricordato che il diritto fondamentale di proprietà, di cui fanno parte i diritti di proprietà intellettuale, come il diritto d'autore e il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva costituiscono principi generali del diritto comunitario. Ma rispetto alla controversia esaminata, assumeva pari rilevanza un altro diritto, parimenti fondamentale, che garantisce la tutela dei dati personali e, quindi, della vita privata. In questa prospettiva, chiarisce la Corte, la domanda pregiudiziale solleva «la questione della necessaria conciliazione degli obblighi connessi alla tutela di diversi interessi fondamentali: da una parte, il diritto al rispetto della vita privata e, dall'altra, i diritti alla tutela della proprietà e ad un ricorso effettivo». E se i meccanismi che consentono di trovare un giusto equilibrio tra questi diversi diritti e interessi sono già stati presi in qualche considerazione dalle direttive di settore, lasciando agli Stati membri il necessario margine di discrezionalità per definire misure di recepimento che possano essere adattate alle diverse situazioni possibili, la Corte ha chiarito che «gli Stati membri sono tenuti, in occasione della trasposizione delle suddette direttive, a fondarsi su un'interpretazione di queste ultime tale da garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario» pure aggiungendo che in sede di attuazione delle misure di recepimento di tali direttive, le autorità e i giudici degli Stati membri devono non solo interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme a tali direttive, ma anche evitare di fondarsi su un'interpretazione di esse che entri in conflitto con i detti diritti fondamentali o con gli altri principi generali del diritto comunitario, come, ad esempio, il principio di proporzionalità. Di recente, Corte dir. uomo, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*, p. 178, ha ribadito che tutti i processi penali devono rivestire un carattere contraddittorio e garantire la parità delle armi tra l'accusa e la difesa. Tale prerogativa, che integra uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo, implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte. Nella stessa occasione si è chiarito che l'articolo 6 § 1 esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in

Strasburgo⁵⁶. È proprio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ove si è sviluppata la teoria del cd. margine di apprezzamento e del giudizio di proporzionalità degli interessi in gioco, a dimostrare la particolare tecnica utilizzata da quel giudice per sciogliere i nodi di vicende spesso ingarbugliate e di difficile soluzione⁵⁷.

È in altri termini, l'attività stessa dell'individuazione di un diritto che richiama in sé la necessità di un previo bilanciamento di quel valore, senza il quale il diritto non potrà essere individuato nella sua corretta consistenza⁵⁸.

loro possesso, sia a carico che a discarico, però aggiungendo che «il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è tuttavia assoluto. In un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti – come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere dei testimoni che rischiano delle rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati – che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato». Ne consegue, secondo la Cedu, che «..In alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante. La Corte, per esempio, ha ritenuto che l'esigenza di trattare in modo riservato delle informazioni riguardanti delle inchieste penali in corso corrispondeva a un interesse pubblico importante (*Papalia c. Italia* (dec.), n. 38261/03, 23 giugno 2005)».

⁵⁶ V., ancora, Corte dir. uomo, 10 gennaio 2008, *Kears c. Francia*, in www.echr.coe.int, ove il giudice di Strasburgo, esaminando il caso di cittadina irlandese che aveva partorito in Francia un bimbo esprimendo in quel Paese il consenso all'adozione del bambino senza poi ottenere dal giudice l'annullamento dell'atto di consenso, ha escluso l'esistenza di una violazione dell'art. 8 Cedu e del diritto all'integrità familiare che esso garantisce, assumendo che in mancanza di una disciplina uniforme all'interno dei Paesi del Consiglio d'Europa, il termine di due mesi previsto dalla legislazione francese garantiva un giusto equilibrio fra le esigenze del genitore naturale e quelle del minore, collocandosi in un quadro normativo assai disomogeneo, nel quale taluni dei Paesi aderenti prevedevano addirittura l'irrevocabilità del consenso all'adozione ed altri garantivano la revoca entro il termine massimo di tre mesi. La Corte ha poi osservato che nel bilanciamento fra i contrapposti interessi, quello, pur esistente, della madre ad esercitare la revoca del consenso si scontrava con l'altro, prevalente, del minore a mantenere l'equilibrio del minore con la famiglia alla quale era già stato affidato, avuto anche riguardo alla ben diversa fragilità emotiva della madre biologica che, trentaseienne, era stata assistita dalla madre. Cfr., altresì, Corte dir. uomo, 10 dicembre 2007, *Stoll c. Svizzera*, in www.echr.coe.int, ove la Corte ha escluso la violazione dell'art.10 Cedu rilevando che la condanna del giornalista per la pubblicazione di un atto diplomatico coperto da segreto doveva ritenersi compatibile col sistema di protezione della libertà di espressione, poiché le autorità interne avevano proceduto ad un corretto bilanciamento fra interesse pubblico alla pubblicazione ed interesse dello Stato a proseguire un negoziato particolarmente complesso e delicato che riguarda il risarcimento reclamato dalla popolazione ebrea per fatti relativi alla seconda guerra mondiale, ritenendo adeguata e proporzionata la pena pecuniaria inflitta al giornalista (§ 139 sent. cit.) .

⁵⁷ Corte dir. uomo, 31 maggio 2007, *Bistrovic c. Croatia*, § 34 : «...In each case involving an alleged violation of this provision, the Court must determine whether, due to the State's interference or passivity, a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1».

⁵⁸ A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento "intercostituzionale"*, Relazione al Seminario su *La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrine della Costituzione*, Enna 16 maggio 2009, pag.18 del dattiloscritto: «...una speciale sottolineatura va fatta ai bilanciamenti tra beni o interessi di rilievo costituzionale operati dalle Corti sovranazionali e dalla Corte costituzionale, per il modo con cui in essi può darsi tutela ai diritti. Sono bilanciamenti che stanno, in qualche modo, a mezza via tra quelli fatti dal legislatore e gli altri fatti dai giudici comuni. Gli uni, fatti dal legislatore, a qualunque livello istituzionale, grado e forma,

Ogni volta che il giudice comune è chiamato a definire la portata del diritto fondamentale protetto dalla Costituzione, dalla Cedu e/o dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e ad acclarare se le limitazioni ammesse, ai vari livelli, impediscono l'operatività del valore in esame, egli si troverà a dover esaminare, all'interno di quella verifica, i valori che sono in gioco, proprio al fine di considerare la ricorrenza o meno del diritto preso in esame⁵⁹.

Si tratterà, allora, di un bilanciamento che non avviene, a monte, sulle disposizioni, ma sulle "norme" per come esse vivono e sui "casi" per come essi si declinano volta per volta.

Analoghe tecniche di bilanciamento, d'altra parte dovrebbe essere chiamata ad operare la Corte di Giustizia nel dare pienezza all'art.4 TUE, nella parte in cui valorizza l'identità nazionale insita nelle strutture fondamentali degli Stati membri e dunque ammette, sia pure in astratto, una competizione fra i valori dell'Unione e quelli statali.

Le tecniche di cui si è detto cominciano a farsi strada anche nella giurisprudenza della Cassazione, che ha riconosciuto come «...nelle controversie in cui configura una contrapposizione tra due diritti, aventi ciascuno di essi copertura costituzionale, e cioè tra valori ugualmente protetti» il giudicante è tenuto ad applicare «...il cd. criterio di "gerarchia mobile", dovendo il giudice procedere di volta in volta ed in considerazione dello specifico *thema decidendum* alla individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di una equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, capace di vanificarne o ridurne il valore contenutistico⁶⁰». Nel far ciò si è ricordato che il giudice di merito deve «... effettuare in caso di contrapposizione di diritti una comparazione tra gli stessi al fine di trovare un giusto equilibrio

presentano infatti carattere inevitabilmente astratto, siccome fissati in disposizioni; gli altri, ad opera dei giudici comuni, sono concreti e particolari, con effetti circoscritti al caso ed alle parti; infine, i bilanciamenti fatti dai giudici costituzionali e sovranazionali (essi pure ormai "costituzionali" in senso materiale) sono, allo stesso tempo, concreti e generali, manifestando la congenita vocazione a proiettarsi oltre il caso, ad "universalizzarsi" insomma».

⁵⁹ Così, ancora, A. Ruggeri, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, cit.; idem, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIII, Studi dell'anno 2009, Torino, 2010, 480: «...per effetto della unificazione-integrazione ad opera dei (e nei) principi, sono sollecitate a formarsi operazioni plurime di bilanciamento...Ora, impedire ad una norma di spiegare effetti in ambito interno, senza che peraltro sia caducata *erga omnes*, non è altro che ciò che quotidianamente si fa nelle aule di tribunali (segnatamente, dei tribunali costituzionali) in occasione dello svolgimento di operazioni di bilanciamento su basi di valore che – come si sa - possono determinare – ed effettivamente determinano persino il momentaneo accantonamento di un principio per far posto ad un altro, in ragione delle peculiari esigenze del caso».

⁶⁰ cfr. Cass. 5 agosto 2010 n. 18279, ovi si ricorda Cass. 30 giugno 2009 n. 15327, secondo cui la riservatezza dei dati personali debba recedere qualora il relativo trattamento sia esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante e nei limiti in cui sia necessario per la tutela dello stesso, cui adde – con espresso riferimento al codice della privacy di cui al D.Lgs. 193 del 2003 – e sempre per la necessità di una valutazione comparativa tra il diritto protetto dalla suddetta normativa ed il rango del diritto azionato (Cass. 7 luglio 2008 n. 18584).

tra le posizioni delle parti in lite». ⁶¹

Ma la pronunzia nella quale il tema del bilanciamento è stato enunciato ed applicato in maniera più chiara sembra essere Cass. S.U. 9 dicembre 2015 n. 24822.

Venuta all'esame della Cassazione la questione dell'estensione del principio della scissione degli effetti fra notificante e notificato alla notificazione di atti sostanziali, essa ha consentito alle Sezioni Unite di tratteggiare il significato, le forme e gli effetti dell'attività di bilanciamento operata giudizialmente in vista della protezione di un valore fondamentale.

Cass. n. 24822/2015, infatti, chiarisce che il principio di ragionevolezza posto a base della sentenza della Corte costituzionale n. 477/2002 e del principio della 'scissione' ivi individuato implicava un bilanciamento dei beni in conflitto, poi aggiungendo che «La tecnica del bilanciamento avviene attraverso vari steps: a) primo step: il sacrificio di un bene deve essere necessario per garantire la tutela di un bene di preminente valore costituzionale (per esempio, certezza e stabilità delle relazioni giuridiche); b) secondo step: a parità di effetti, si deve optare per il sacrificio minore; c) terzo step: deve essere tutelata la parte che non versa in colpa; d) quarto step: se entrambe le parti non sono in colpa, il bilanciamento avviene imponendo un onere di diligenza – o, comunque, una condotta (attiva o omissiva) derivante da un principio di precauzione – alla parte che più agevolmente è in grado di adempiere».

Le S.U. si premurano poi di chiarire che «con la tecnica del bilanciamento la Corte costituzionale (ma lo stesso procedimento logico lo adotta la Corte Edu) costruisce una norma traendola dalla disposizione di legge».

Ne consegue che «Il giudice ordinario per compiere una interpretazione costituzionalmente orientata deve procedere allo stesso modo: – esaminare una singola disposizione; – individuare i beni in conflitto; – compiere un giudizio di bilanciamento secondo i passaggi logici sopra indicati; – infine, estrarre la norma dalla disposizione».

L'attività di bilanciamento, proseguono le S.U., non conduce ad un risultato ripetibile sempre allo stesso modo. Anzi, «...È proprio nella natura della tecnica del bilanciamento che una

⁶¹ Analogamente, Cass. n. 15327/2009 ha ritenuto che, in tema di trattamento dei dati personali, l'interesse alla riservatezza, tutelato dall'ordinamento positivo, recede quando quest'ultimo sia esercitato per la difesa di un interesse giudizialmente rilevante e nei soli limiti in cui esso sia necessaria alla tutela, ritenendo però che tale valutazione non poteva «prescindere da un giudizio di comparazione, rimessa al giudice di merito, degli interessi in gioco». V., anche Cass. n. 15362 del 2015 in tema espulsione, ove il provvedimento impugnato del giudice di merito è stato cassato perché quest'ultimo «...non ha operato alcun bilanciamento tra il diritto dell'autorità statale, ampiamente illustrato, ed il diritto delle ricorrenti alla vita privata e familiare, mancando di eseguire quella valutazione caso per caso direttamente imposta dall'art. 13 e da interpretarsi alla luce del divieto di automatismo valutativo imposto dalla Direttiva 2008/115/CE e dal quadro della tutela del diritto affermato nell'art. 8 della Cedu dalla Corte di Strasburgo».

soluzione normativa valida per una disposizione non sia valida per un'altra: proprio perché nel giudizio di bilanciamento è ben possibile che in un caso normativo si dia preminente tutela al notificante e in altro caso normativo (cioè in riferimento ad un'altra disposizione: parliamo – inutile dirlo – di norme e non di casi pratici specifici) si dia tutela al notificato».

Forte di questa schematizzazione, le S.U. hanno ritenuto che proprio i principi espressi dalla Corte costituzionale nella ricordata sentenza n. 477/2002, consentivano di reinterpretare l'art. 2934 cc e di giungere alla conclusione che l'interruzione della prescrizione conseguiva anche dalla consegna dell'atto di citazione contenente un'azione revocatoria all'ufficiale giudiziario. Un esempio, quest'ultimo, davvero fulgido della tecnica di bilanciamento alla quale è sempre più chiamato il giudice nazionale.

È dunque agevole pronosticare un futuro 'prossimo' ricco di assestamenti da parte delle giurisdizioni in ordine alla ricerca e composizione dei limiti che il *diritto vivente* della Cedu e della Carta Ue incontra quando transita all'interno dei sistemi nazionali e si misura con interessi di rango costituzionale.

11. Eguaglianza, unità delle interpretazioni e delle giurisdizioni

Un ulteriore fronte si apre al cospetto del giudice comune ancora una volta direttamente correlato al perseguimento del canone fondamentale dell'eguaglianza.

Ampliandosi e approfondendosi il contenuto dei diritti fondamentali e gli ambiti della protezione che l'ordinamento appresta loro, anche prevedendo plessi giurisdizionali autonomi e non regolati in modo gerarchico, tende ad emergere l'esigenza di adottare meccanismi interni capaci di rendere minimali quelle difformità di trattamento altrimenti in grado di minare dalla base l'intero sistema di protezione dei diritti umani.

L'avvento del cd. diritto giurisprudenziale ed il progressivo spostamento del baricentro della tutela dal diritto scritto al cd. *law in action* realizzato dalle Corti reclama in modo sempre più incisivo canoni di prevedibilità e "certezze" che costituiscono il contrappeso dell'ampliamento del ruolo del giudiziario e che devono trovare forme graduate e mediate di 'protezione'.

Si tocca così da vicino non solo il tema del carattere più o meno vincolante delle sentenze rese dalle Corti supreme e delle discontinuità spesso prodotte dalla medesima Corte di legittimità, ma anche quello del deficit di uniformità di protezione di un medesimo diritto fondamentale in funzione della diversità del plesso giurisdizionale individuato dall'ordinamento come competente rispetto ad un determinato settore.

È quest'ultima prospettiva che reclama un'ulteriore verifica del ruolo attuale della Corte di

cassazione quando il patrimonio dei diritti fondamentali e della loro protezione non è più riservato in via esclusiva alla giurisdizione ordinaria, ma si irradia progressivamente su tutti i plessi giurisdizionali chiamati a maneggiare diritti tanto e come il giudice ordinario, fino a poco tempo fa considerato *custode unico* di siffatte posizioni giuridiche soggettive.

È, dunque l'avvento dei diritti fondamentali in chiave sovranazionale ad imporre di guardare con una lente diversa al tema, complesso, dell'unità della giurisdizione, di recente nuovamente fatto oggetto di analisi profonde⁶².

Le S.U., pur dichiarando di muoversi in linea di continuità con il precedente indirizzo (Cass. n. 2403/14) e pur sottolineando l'ipotesi 'estrema' posta al loro cospetto, sono trancianti nel ritenere tale caso idoneo a giustificare l'intervento caducatorio, nella buona sostanza rivolto a garantire quel 'primato' del diritto UE nell'ordinamento nazionale che avrebbe subito un *vulnus* se l'esito del giudizio amministrativo si fosse fermato a Palazzo Spada.

Il che dimostra, forse, come il canone generale ancora formalmente propugnato dalle S.U. del febbraio 2015 in punto di 'non' controllo delle decisioni dei giudici amministrativi e contabili sul rispetto del diritto UE potrebbe subire degli ulteriori aggiustamenti⁶³.

Di certo, si percepisce un certo fermento, confermato dalla recente Cass. Civ., Sez. Unite, 15 marzo 2017, (ord.) n. 6822 che, sul tema della individuazione dei limiti esterni della giurisdizione e del sindacato delle Sezioni Unite sulla violazione di essi da parte dei giudici speciali e con riferimento all'ipotesi del cd. rifiuto o diniego di giurisdizione, ha chiesto un approfondimento che si avvalga della ricostruzione dei contributi della giurisprudenza e della dottrina a cura dell'Ufficio del Massimario presso la Corte di Cassazione.

Occorrerà, dunque, verificare fino a che punto le Sezioni Unite potranno (o vorranno) ampliare il loro raggio di azione alla ricerca di un'*unità delle interpretazioni* che sembra andare lentamente componendosi secondo tratti diversi da quelli che si profilano per il tramite di a volte evocate modifiche dell'attuale assetto costituzionale in punto di riparto delle giurisdizioni.

La prospettiva che qui si patrocina, in definitiva, intende guardare allo sfondo sovranazionale in una chiave di unificazione capace di eliminare, in radice, le disomogeneità di tutele fra le protezioni garantite da plessi giurisdizionali diversi anche senza mettere mano a riforme finalizzate all'azzeramento o all'assorbimento di uno o più plessi giurisdizionali in

⁶² Il riferimento va ai contributi di A. Guardiano, S. Mirate, A. Police, A. Proto Pisani e A. Travi, di recente apparsi sul Fascicolo n. 3/2015 di *Questione Giustizia*.

⁶³ Cass. S.U. n. 6605/2015 tende tuttavia a ridimensionare la portata di Cass. S.U. n. 2242/2015.

quello ordinario⁶⁴.

Le giuste preoccupazioni, già in parte ricordate, espresse dalla dottrina⁶⁵ circa una diversità di protezione alla quale sarebbero soggetti i diritti a seconda del plesso giurisdizionale resa sempre più marcata – come già detto – dall'estensione delle ipotesi (*recte*, della creazione di nuove forme⁶⁶) di giurisdizione esclusiva, ma anche dalle persistenti difficoltà di individuare la giurisdizione alla quale rivolgere la propria istanza (soprattutto nei rapporti fra giurisdizione contabile e ordinaria) potrebbero allora ricomporsi se si riuscirà a garantire che lo standard di tutela offerto a quei diritti dalla fonte sovranazionale sia stato comunque applicato in modo armonizzato e uniforme.

Come, dunque, realizzare l'obiettivo della certezza del diritto in un contesto di diritto fluttuante, continuamente proteso a riparametrarsi per effetto dei plurimi interventi delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali?

Per giungere a tale obiettivo è necessario muovere dalla precondizione che vi sia l'una Corte capace di prevalere gerarchicamente sull'altra, tanto da immaginare che la certezza debba raggiungersi, alla fine, attraverso l'ultima parola spettante nel sistema all'una Corte sull'altra? Può, ancora, pensarsi ad un sistema nel quale l'unità della giurisdizione, nel senso ormai radicatosi per effetto delle decisioni delle S.U. sopra ricordate, si attui in modo da garantire parità di tutela a tutti i soggetti titolari di diritti fondamentali a prescindere dal plesso giurisdizionale nel quale sono tenuti ad instaurare una controversia? E può pensarsi alle S.U. come luogo elettivo per garantire quest'unità delle giurisdizioni *e, soprattutto, delle interpretazioni*? Ha, infine, ma non per ultimo, la Corte di Cassazione la capacità di offrire risposta in tempi rapidi a simile ulteriore esigenza quando essa stessa si trova affogata dal numero dei ricorsi già ora possibili?

Tali interrogativi abbiamo già provato a prospettare⁶⁷, unicamente rappresentando il convincimento, fermo, che l'avvento delle fonti sovranazionali ha contribuito a delineare in modo diverso i rapporti fra le giurisdizioni, in ogni caso chiamandole ad operazioni che devono comunque tendere a realizzare risultati interpretativi conformi alle fonti extrastatali.

⁶⁴ Quest'esigenza di coordinamento appare, del resto, assai avvertita, sia pure in chiave problematica da A. Guardiano, *Appunti sull'unità delle giurisdizioni*, in *Questione giustizia*, 3/2015.

⁶⁵ A. Travi, *Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo*, in *Questione giustizia*, 2015, 3153 ss.

⁶⁶ S. Paino, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2000, Tomo IV, spec. 3249 ss.

⁶⁷ Sia consentito il rinvio a R. Conti, *Il mutamento del ruolo della Corte di cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni*, in <http://www.giurcost.org/studi/conti5.pdf>.

Il che comporta, al di là del riconoscimento in capo ad uno di questi plessi giurisdizionali del potere di verificare siffatta armonizzazione, la quasi fisiologica – anche se solo tendenziale – tensione verso un'«unità delle interpretazioni» dei plessi giurisdizionali interni, tutti costretti a coabitare sotto una casa comune e, dunque, a misurarsi con le giurisdizioni sovranazionali, ormai rappresentabili, anch'esse, come veri e propri ombrelli sotto i quali è non soltanto doveroso, ma davvero utile per i diritti delle persone, porsi.

12. Conclusioni

Un'ultima, a questo punto doverosa, considerazione sul giudiziario e sulle trasformazioni, occorse e in divenire, prodotte dalla firma dei Trattati di Roma.

C'è, in definitiva, da essere soddisfatti o insoddisfatti per il ruolo dei giudici comuni in questo sessantennio?

Per tentare di rispondere a tale interrogativo, posso dire di avere vissuto professionalmente solo un po' più dell'ultimo terzo del periodo. Ed ho colto, in prima persona e soprattutto dal confronto con il mio mondo, un progressivo cambiamento del modo di essere giudice.

Colgo, in termini generali, la crescente consapevolezza della funzione del giudice di prossimità rispetto ai diritti che si prospettano al suo esame, delle tensioni che ciò determina nel sistema. Colgo la consapevolezza, anche questa progressivamente crescente, della necessità di una continua formazione del corpo magistratuale sulle fonti sovranazionali e sul diritto di matrice eurounitaria, in una prospettiva che tende a superare le individualità per raggiungere, appunto, standard di conoscenza e di giustizia quanto più diffusi, ramificati ed omogenei in modo da garantire, nel tempo, risposte giudiziali tendenzialmente sempre meno imprevedibili proprio perchè improntate al rigoroso rispetto delle 'regole di ingaggio' fra le Carte dei diritti fondamentali.

Tutto questo, appunto, nella consapevolezza che le individualità sono importanti non tanto e solo per quanto realizzano nel singolo caso, quanto per la capacità di mettere al servizio della platea ampia degli operatori giudiziari e della collettività professionalità, conoscenze e prospettive, in modo che esse possano essere disseminate nel modo più ampio, anche se articolato, possibile.

Ovviamente, il passo successivo del ragionamento dovrebbe portare ad affrontare il punto dolente del discorso, quello dei rapporti fra giudice e legislatore, che divide e disunisce.

Del che, oggi, non ero stato chiamato a parlare.

Ma per quel nulla che può valere, mi sento di sposare, ancora una volta, convintamente, il pensiero di Antonio Ruggeri⁶⁸.

Rimane, infatti, la necessità che l'attività di garanzia – sul piano costituzionale, convenzionale e del rispetto del diritto Ue – assicurata dalle giurisdizioni interne si mantenga entro la cornice costituzionale, senza alterarla e senza sostituirsi agli organi di direzione politica, ai medesimi sovrapponendosi in modo da aprire la strada al *governo degli uomini*, in contrapposizione al governo delle leggi.

Non va quindi in alcun modo modificato il 'modello' che lascia comunque al legislatore l'introduzione della regola e al giudice la sua applicazione concreta.

Va allora valutato con favore un sistema nel quale il giudice possa esercitare le funzioni decisorie sulla base di modelli normativi minimi, quanto più elastici, in modo che il prodotto del suo agire sia capace di offrire la miglior tutela possibile alla persona, in relazione al complesso di interessi, valori e principi che vengono al suo esame e che appaiono «nelle loro singolarità irriducibili», non potendo comunque il giudice rimanere paralizzato dall'assenza di normazione, quando trovi al suo fianco i principi e i valori di matrice costituzionale, convenzionale ed eurounitaria capaci di offrire risposte a quella domanda di giustizia spesso incessante, sofferta, lacerante.

L'*attivismo* della giurisdizione non rappresenta, dunque, un'usurpazione di poteri, né pone in discussione il rapporto fra giudice e legislatore, piuttosto dimostrando quanto sia fallace la contrapposizione fra questi ultimi, semmai occorrendo investire su logiche fondate sul reciproco rimando, completamento e cooperazione, in modo che il primo ed il secondo siano entrambi *ispirati* alla tutela dei diritti fondamentali e perseguano, altresì, l'*aspirazione* a realizzare il principio della massimizzazione della tutela dei diritti stessi.

⁶⁸ A. Ruggeri, *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, cit., p. 638.