

Gabriella Autorino

Cross-judicial fertilization: *il ruolo delle Corti supreme*

SOMMARIO: 1. *Cross judicial fertilization* e comparazione giuridica. Le dimensioni del fenomeno – 2. Profili personalistico e patrimonialistico: le possibili ambiguità. *Law and development* e *legal transplants*. Approccio matematico, teoria delle *Legal Origins* e sistemi chiusi: critica. La garanzia dei diritti fondamentali. Il dialogo tra le corti supreme di *civil* e *common law*. Il modello americano e le esperienze canadese e sudafricana – 3. La dignità umana come fattore essenziale del dialogo tra Carte e Corti supreme. L'ampiezza dei riferimenti e il conseguente dibattito. Le differenti visioni tra *civil* e *common law*. Le finalità e i modi di richiamo alla dignità nella risoluzione delle controversie – 4. Il fenomeno nello spazio giuridico europeo. Il dialogo tra le corti dei Paesi dell'Unione. La protezione "multilevel" dei diritti fondamentali. La pluralità delle fonti e delle Corti. L'eventuale conflitto tra diritti fondamentali e i criteri per la soluzione. La primazia costituzionale del diritto comunitario. La regola della maggior tutela. Oltre il dialogo: l'azione comune in uno spazio comune.

1. Cross judicial fertilization e comparazione giuridica. Le dimensioni del fenomeno

Cross-judicial influence, cross constitutional influence, cross-constitutional fertilization, judicial transplant, trans-judicial communication o *judicial dialogue, trans-judicial borrowing* o *precedent borrowing*, tutte espressioni utilizzate per definire un fenomeno che da qualche anno affascina, denso di prospettive sistematiche, studiosi di quasi ogni settore del diritto, dal pubblicistico al privatistico, dal comunitario al comparatistico¹.

Proprio l'ultima definizione di quelle dianzi richiamate – cioè *trans-*

¹ Cfr., ad esempio, A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, Giuffrè, 2001, *passim*; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it nonché ivi A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali e il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*. Sulla diversità di espressioni utilizzate per descrivere da differenti prospettive il fenomeno in indagine cfr. A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemicici nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, 1, 2007 e ivi ampia bibliografia.

judicial borrowing o *precedent borrowing* – sembrerebbe maggiormente aderente all'indagine comparatistica sulla questione, perché richiama e riconduce, dunque, il fenomeno alla logica del precedente vincolante peculiare delle esperienze di *common law*. Tanto da poterne derivare la convinzione che il prestito di precedenti tra giudici costituzionali, supreme corti o anche giudici comuni – poiché il fenomeno è più vasto in particolare nei paesi appartenenti all'Unione Europea – sarebbe figlio o comunque assai prossimo alla circolazione su scala transnazionale di un formante tipico dei sistemi di *common law*. E si richiamano a tal proposito, sotto il profilo storico, le strade usuali ai giudici dei Paesi dell'area dell'ex *Commonwealth* britannico che, a partire dal XIX secolo, utilizzavano largamente i precedenti di giudici di altri ordinamenti, in particolare inglesi. Il *Privy Council*, infatti, in epoca vittoriana, poteva essere adito come ultima istanza per i ricorsi provenienti dai paesi coloniali, svolgendo in pratica una funzione nomofilattica – all'interno dell'area del *common law* – che ha profondamente influito sull'evoluzione di ordinamenti quali quelli del Canada, dell'Australia, della Nuova Zelanda dell'India, del Sud Africa e altri ancora². Il che potrebbe illustrare le ragioni per cui il fenomeno in questione sembra assai intenso in esperienze quali quelle del Canada e del Sud Africa, in aggiunta alla circostanza che in entrambi i Paesi si è avuta l'emanazione di una Carta dei diritti fondamentali – in Canada nel 1982 – e di una Costituzione – in Sud Africa nel 1996 – che ha molto mutato i presupposti fondamentali degli ordinamenti di quei Paesi. Quest'ultima circostanza caratterizza l'evoluzione altresì dei paesi appartenenti all'ex area d'influenza sovietica, per tornare al panorama europeo, i quali paesi dopo la caduta dei regimi socialisti si sono dati nuove leggi fondamentali che li ha ricondotti quasi tutti all'alveo delle più antiche democrazie e da queste prendendo ispirazione³.

Particolarmente significativa poi è la circostanza che alcune di queste Costituzioni di fresca data prevedano esplicitamente che le sentenze della Corte suprema o Corte costituzionale, che dir si voglia, possano richiamare ai fini della decisione e non soltanto con forza argomentativa, ma come elemento di deliberazione, sentenze emanate dalle Corti supreme di altri ordinamenti. Ad esempio, l'art. 39, Sect. 1 della Costituzione sudafricana dispone che nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali le corti «devono tener conto dei principi del diritto internazionale» e «possono prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere». Numerose decisioni della Corte suprema sudafricana, infatti, fanno ampio

² Cfr. in proposito P. K. TRIPATHI, *Foreign Precedents and Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, 1957, 57, p. 319 ss.

³ Sul tema ampiamente A. LOLLINI, *op. cit.*, p. 3 ss.

uso di tale facoltà e non soltanto, come si potrebbe pensare, con riferimento alla giurisprudenza degli Stati Uniti di America, bensì facendo esplicito richiamo a un *common core* di valori condivisi dalla “civilized international community”⁴.

Diverso è il discorso e differente la prospettiva d’analisi secondo che si guardi a quanto accade in Europa, tra gli ordinamenti accomunati dall’appartenenza all’Unione; in Europa, ancora, tra i paesi di più antica e consolidata tradizione costituzionalistica – quelli che, per intendersi, condividono l’idea che vi è Costituzione quando vi è un giudice che possa farla valere –, e i paesi che dopo la fine della vicenda socialista devono legittimare i testi del nuovo patto sociale all’interno di un contesto privo di costanti tradizioni culturali e politiche riferibili ai canoni della democrazia.

Ancora altra storia è quella che vede circolare modelli e formanti che provengono soprattutto dall’ordinamento statunitense in quei paesi che una volta si definivano in via di sviluppo e da questi man mano venire rimodulati. Di converso, osservare come ordinamenti tradizionalmente chiusi, come quello inglese e statunitense si aprano alla comparazione e al recepimento di influenze esterne, in un significativo scambio di ruoli di chi dà e chi riceve tra la vecchia Europa e il nuovo Impero.

Tutto ciò, dunque, è materia variegata e magmatica, che corrisponde a differenti impostazioni e diversificate funzioni, accomunate tuttavia da due profili: da un lato, la necessità di affrontarne l’analisi con gli strumenti propri della comparazione giuridica; dall’altro l’esigenza di prescindere dagli schemi rigidi delle fonti formali di produzione giuridica. Il nuovo scenario del diritto che si spinge ben al di là dei confini europei per proiettarsi in una dimensione aperta, in cui non è sempre necessario che la regola scaturisca da un organo legislativo legittimato dal principio rappresentativo di un popolo appartenente ad uno Stato, trasforma la nozione di sistema in quella di esperienza giuridica e legittima, in questo spazio privo di legislatore, l’espansione dell’attività e dell’autorevolezza degli ordini giudicanti, che si tratti di Corti supreme, di giudici comuni o, come di frequente accade in talune materie, non sempre a valenza economica, di giudici convenzionalmente investiti dalle parti del potere di risolvere una controversia. Nelle mani di costoro, la regola da applicare scaturisce spesso dal confronto e dalla comparazione dei diritti.

⁴ Sulle interrelazioni tra l’esperienza canadese e quella sudafricana v. tra gli altri H. WEBB, *The Constitutional Court of South Africa: Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law*, in *U. Penn. J. Const. L.*, 1998, p. 205 ss. nonché C. L’HEUREAUX-DUBE, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of Rehnquist Court*, *Tulsa L. J.*, 1998, 34, p. 15 ss.

2. *Profili personalistico e patrimonialistico: le possibili ambiguità. Law and development e legal transplants. Approccio matematico, teoria delle Legal Origins e sistemi chiusi: critica. La garanzia dei diritti fondamentali. Il dialogo tra le corti supreme di civil e common law. Il modello americano e le esperienze canadese e sudafricana.*

Un punto d'avvio per affrontare almeno alcune delle infinite questioni che si pongono all'interprete può essere il tentativo di sgombrare il campo dalle ambiguità scaturenti dall'intreccio del profilo personalistico con quello di natura economica.

La grande illusione del *law and development*, che prende avvio dagli anni successivi al secondo conflitto mondiale per trascinarsi sotto diverse spoglie fino ai nostri giorni continua a pretendere nuovi spazi alla normazione uniforme su scala globale. È noto – tanto da non dover insistere oltre – il ruolo fondamentale svolto da organizzazioni istituzionalizzate quali *Bretton Woods*, Fondo monetario e Banca mondiale, le cui azioni si poggiano sul medesimo assunto: l'esportazione là dove serve al mercato e allo sviluppo economico di un *best model* identificato in particolare nel *common law* statunitense. Di questo si esalta la superiorità strutturale, poiché caratterizzato dall'assenza della logica statalista, dalla spontaneità della costruzione giurisprudenziale nonché dal mito della "regolamentazione decentrata del mercato"⁵. Per di più si trae da tali elementi la convinzione non soltanto dell'efficienza ma anche della pretesa neutralità, rendendolo idoneo alla circolazione senza confini.

In tal modo, scelte eminentemente politiche si nascondono dietro il vantato ricorso al tecnicismo in favore dell'esportazione – e non soltanto nei paesi c.d. in via di sviluppo, ma tentando di forzare i confini europei – di modelli e normative di esasperato liberismo.

I 'pacificatori' che trasportano democrazia e mercato si muovono gravati da un peccato originale che consiste nell'assenza di procedure decisionali trasparenti e di efficienti meccanismi di controllo dei risultati raggiunti, generando così un'insanabile contraddizione. La democrazia imposta si poggia su basi, strumenti e procedure che fanno a meno degli attributi tipici della democrazia⁶.

Il movimento del *law and development* assume contorni ben precisi

⁵ Ampiamente sul tema F. VIGLIONE, *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale*, in www.comparazionedirittocivile.it e ivi diffuse indicazioni bibliografiche.

⁶ Sul tema è d'obbligo il riferimento a G. DIJKSTRA, *Supranational Governance and the Challenge of Democracy: the IMF and the World Bank*, in AA.VV., *Governance and the Democratic Deficit*, V. Bekkers, ed., Aldershot, 2007, p. 269 ss.

quando sono prese in seria considerazione le difficoltà di esportare in contesti diversissimi i classici modelli di regolamentazione del mercato di ispirazione weberiana. Questi confluiscono, com'è noto, nei pilastri del *Washington Consensus*: privatizzazioni, deregolamentazione del mercato, rifiuto dei paradigmi statuali nella gestione dell'economia, protezione dei *property rights*, tendenza a imporre regole omogenee nei settori della proprietà intellettuale, dei mercati finanziari e del diritto societario. Tutto ciò viene esaltato, nei tempi più recenti, dalla apparizione del diritto di internet.

La svolta avviene quando a quello economico si aggiunge il profilo culturale. Si prende atto, cioè, che la diffusione di regole omogenee è possibile soltanto se si interviene preliminarmente sugli archetipi culturali delle zone di diffusione, alla cui trasformazione è legata la mutazione a livello giuridico.

Questo profilo si accompagna, nella prospettiva comparatistica, a una profonda riflessione sui c.d. *legal transplants*, che nell'elaborazione dottrinale conduce alla convinzione – ormai consolidata – secondo cui regole simili in diversi contesti conducono quasi inevitabilmente a differenti risultati.

Sul piano pratico, all'omologazione culturale si rivolgono i numerosi progetti di *legal aid assistance*, finanziati da organizzazioni internazionali spesso private, che si propongono di incidere sulla formazione dei giuristi dei paesi che allo scarso sviluppo economico uniscono un marcato ritardo nel profilo dell'istruzione. Ciò conduce in prospettiva alla incidenza sulle modifiche da apportare ai sistemi giudiziari, di produzione di norme e in generale ai principi fondamentali cui si ispirano i singoli ordinamenti giuridici.

Questi progetti s'indirizzano ai più differenti paesi: da quelli dell'America Latina a quelli dell'area ex-comunista; dall'Africa sub-sahariana ad alcuni paesi islamici, per non parlare dei casi in qualche modo diversi dell'India e soprattutto della Cina.

Un vero e proprio disegno globale di esportazione della *Western Legal Tradition*, che a molti appare viziato non soltanto da un certo imperialismo culturale di marca occidentale, ma dalla preferenza altrettanto spiccata verso il *best-model* nordamericano.

A partire dagli anni '80, proprio questo aspetto, che spinge all'eliminazione degli elementi del sistema che impediscono lo sviluppo del modello più efficiente, producono nella dottrina comparatistica il vivace dibattito da un lato sui movimenti di analisi economica del diritto, dall'altro sull'orientamento noto come *Legal Origins*⁷. Comporta altresì, come

⁷ Per un'efficace ricostruzione del movimento del Law and Development cfr. F. VIGLIONE,

effetto positivo, il superamento della tradizionale ripartizione in sistemi o famiglie giuridiche degli ordinamenti, verso una concezione aperta di questi ultimi che si traduce spesso nel termine di esperienza giuridica. Un'ulteriore conseguenza, anch'essa positiva, consiste nel generale abbandono nelle tradizioni che ne facevano ampio riferimento della distinzione rigida tra diritto pubblico e privato. Infine, e come maggiore apporto di quei movimenti, anche come contrasto all'approccio matematico e materialistico alla società e al diritto, la rinnovata più intensa attenzione alla garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo.

La terza fase del movimento del *law and development* è caratterizzata dalla convinzione della complessità derivante dallo stretto intreccio tra sistema giuridico, cultura e tradizione – e larga parte in questo ha la circolazione dei modelli di tradizione europea.

L'evoluzione è favorita dalla crisi economica esplosa, anch'essa su scala mondiale, nel 2008, che ha condotto a sua volta alla crisi dell'idea della capacità di autoregolamentazione del mercato. Conseguentemente, si mette in forte discussione che quello anglo-americano sia il modello ideale di evoluzione giuridica ed economica.

Probabilmente, allora, è il momento di chiedersi se vi sia un'inversione di tendenza, anch'essa su scala globale, rispetto alla recezione a senso unico di elementi propri del modello statunitense, portato sulle ali del mercato e degli affari, in favore dei valori della vecchia Europa, che invece si avvolgono di eccellenza e iniziano ad erodere le barriere dell'isolamento americano.

Da tempo si sottolinea come il *Bill of Rights* statunitense e la giurisprudenza della sua Corte suprema in tema di *privacy*, *equal protection*, giusto processo e libertà di manifestazione del pensiero, abbiano ispirato spesso le corti costituzionali tanto di paesi di *civil law* quanto di *common law*. Attualmente, tuttavia, mentre una volta si discorreva di recezione di tali indirizzi, si preferisce discorrere dell'esistenza di un 'dialogo' tra le Corti supreme, soprattutto in materia di diritti fondamentali: e nel dialogo, si sa, si dà e si riceve.

Il dialogo si è fatto così intenso da intravedere da più parti l'esistenza di un '*common core*' ovvero 'di una generale condivisione di valori e principi

op. cit., con ampi riferimenti dottrinali. Per una visione critica del movimento di *Legal Origins* v. R. MICHAELS, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 *AmJCompL*. 765 (2009). Più in generale sull'uso strumentale della categoria delle famiglie giuridiche, A. WATSON, *Legal Transplant. An Approach to Comparative Law*, II ed., University of Georgia Press, 2000. Cfr. altresì P. STANZIONE, *Plaidoyer per il diritto comparato*, in www.comparazionedirittocivile.it e in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, p. 3059 ss.

fondamentali'. Intriga l'affermazione di un ex Presidente della Corte suprema norvegese secondo cui la collaborazione e lo scambio tra le corti costituisce «un obbligo naturale»; un «dovere delle corti nazionali di grado più elevato» per contribuire «all'introduzione di nuovi principi giuridici dal mondo esterno nelle decisioni dei giudici nazionali»⁸.

Il fenomeno sembrerebbe assai più ampio se si tenesse conto delle numerose decisioni delle corti più elevate in grado in materia di diritto civile e commerciale, ma qui il ricorso alla comparazione e ai precedenti stranieri sembra essere più il frutto del fatto che le relazioni commerciali s'intrecciano ormai in spazi globali.

Al contrario, è assai più rilevante intravedere come la circolazione delle argomentazioni, delle interpretazioni e dei cataloghi dei diritti umani, cui si accompagna spesso il rinvenimento del contenuto normativo di una regola applicabile ai rapporti interprivati, non muova più a senso unico dagli Stati uniti agli altri ordinamenti, ma rappresenti un fenomeno globale che coinvolge necessariamente la conoscenza e il confronto tra gli ordinamenti.

L'uscita dal suo orgoglioso isolamento della Corte suprema degli Stati Uniti – non senza proteste e critiche da parte dei settori più conservatori della dottrina, della giurisprudenza e della politica statunitensi – forse può essere collegata ad una data emblematica: quella del 2003, anno di emanazione della decisione sul caso *Lawrence v. Texas*.

Il *case* famosissimo concerne la costituzionalità della “sodomy law” del Texas (nella versione contenuta nel codice penale del 1973), che puniva penalmente i rapporti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche quando si svolgessero nell'intimità domestica. Il precedente cui la Corte poteva richiamarsi si rinviene nel *case Bowers* del 1986, riguardante la legittimità della *sodomy law* della Georgia, che fondava la decisione sul principio di eguaglianza tra coppie etero e omosessuali⁹. Al contrario nel caso *Lawrence* la Corte compie un *overruling* di portata storica, riconoscendo per le persone omosessuali il diritto al rispetto della vita privata, che va tenuta al riparo da indebite aggressioni dei pubblici poteri e lo fa richiamando esplicitamente non soltanto le leggi via via apparse in Europa a partire dagli anni settanta, di ben diverso tenore da quelle che si emanano da tutti gli stati americani dalla fine dell'Ottocento agli anni sessanta, altresì riferendosi a mo' di precedente a una sentenza della Corte EDU del 1981 ed ai principi in tema di intimità della vita privata in essa richiamati – è il caso *Dungeon v. United Kingdom*¹⁰.

⁸ Citato da A. SPERTI, *Il dialogo tra le corti costituzionali*, cit.

⁹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186(1986).

¹⁰ *Dungeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H.R. (1981).

Sostiene la Corte che quei principi sono espressione dei valori che gli Stati Uniti condividono con le altre nazioni. Aggiunge che «il diritto avanzato dai ricorrenti è stato riconosciuto come aspetto della libertà personale in molti Paesi» e che «non vi siano argomenti per ritenere che – negli Stati Uniti – vi siano interessi statuali legittimi o cogenti che giustifichino una maggiore limitazione della libertà personale»¹¹.

Nel caso *Lawrence* per la prima volta negli Stati Uniti la Corte suprema si appella a un precedente straniero per interpretare e definire il contenuto di una norma costituzionale. Nel caso in questione poi, per operare un *overruling* di una sua decisione, superando il principio dello *stare decisis*.

Non che la cosa sia passata indenne da critiche da parte di chi da un lato è convinto assertore della superiorità del proprio diritto; dall'altro di chi teme un *vulnus* al principio rappresentativo, cardine di quel sistema che induce ogni sospetto su un giudice che, rivolgendosi al diritto di altri paesi, si fa legislatore.

Tuttavia l'attenzione ad altre esperienze e ad altre tradizioni si mostra anche, di là dalla consueta considerazione delle soluzioni normative che riguardano materie di diritto civile e commerciale, nella apparizione di studi e addirittura manuali di diritto costituzionale comparato¹² e la tendenza trova conferma in un'altra decisione, il *case Roper v. Simmons* del 2005. La questione concerne la costituzionalità delle leggi che prevedano la pena di morte nei confronti di minori di età, decisa in base all'argomentazione, tra le altre, che in tutto il mondo soltanto nove paesi, spesso compresi tra i paesi canaglia, la ammettono. Anche qui il dibattito che ne scaturisce imputa alla comparazione quale strumento d'interpretazione della Costituzione americana di provocare la inammissibile trasformazione del giudice, per di più supremo, in legislatore.

Queste remore non si rinvengono in altre esperienze, soprattutto quando queste hanno vissuto la trasformazione o addirittura la vicenda della introduzione di leggi fondamentali. Così avviene ad esempio in Canada,

¹¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003): cfr. sul tema V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005, spec. p. 159 ss.

¹² Ad esempio, tra le opere meno recenti, N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJÓ, S. BAER, *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, St. Paul, 2003 nonché V. JACKSON, M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 1999. Critica la comune convinzione della chiusura della dottrina e della giurisprudenza statunitensi nei confronti di influenze esterne B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in 83 *Va. L. Rev.*, 771 (1997), spec. p. 773. Cfr. altresì F.F. SEGADO, *La faillite de la bipolarité modèle américain-modèle européen en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative*, in *Jahrbuch des Öffentliches Rechts der Gegenwart*, 2004, p. 471 ss.

dopo la promulgazione del *Canadian Charter of Right and Freedoms*, nel 1982, o nel Sud Africa, dopo la Costituzione del 1993.

In Sud Africa la tendenza si poggia saldamente sull'espressa previsione – già ricordata – contenuta nella Costituzione secondo cui nell'interpretare le disposizioni sui diritti fondamentali «le Corti devono tener conto dei principi del diritto internazionale» e «possono prendere in considerazione la giurisprudenza di corti costituzionali straniere» (art. 39, sect. 1, S.A. Const.). E' evidente che la disposizione s'inquadra nella necessità di rafforzare il radicamento del nuovo patto sociale in un contesto di recenti tradizioni democratiche e di tormentato passato. Quello che interessa qui sottolineare, invece, è che la Corte suprema sudafricana non subisce la sudditanza del modello nordamericano, che anzi in alcuni casi dichiara «insoddisfacente». Così avviene, ad esempio, nel *case Makwanyane* del 1995, dove si dichiara la incostituzionalità della pena capitale in relazione all'art. 8 (eguaglianza di fronte alla legge); all'art. 9 (diritto alla vita) e all'art. 10 (protezione della dignità umana) della costituzione sudafricana. Interlocutori principali della Corte diventano le Corti e gli ordinamenti tedesco e canadese, nonché il rinvio all'art. 54, comma 1, della costituzione ungherese in base alla quale la corte costituzionale del Paese ha dichiarato, in nome della dignità umana, l'incostituzionalità della pena di morte¹³.

Infatti, l'art. 54, comma 1, cost. ungherese dispone che il diritto alla vita ed alla dignità umana costituiscono un nucleo imprescindibile dei diritti fondamentali, sicché nessuno può esserne *arbitrariamente* privato. La pena capitale, interpreta la corte ungherese, ampiamente citata da quella sudafricana, comporta una limitazione così grave alla diade diritto alla vita-dignità da cancellarne la portata. E poiché essa è fonte e fondamento dell'intero sistema dei diritti fondamentali, questo dalla sua violazione sarebbe travolto. Anzi, la Corte sudafricana, probabilmente per quell'avverbio «arbitrariamente» contenuto nella norma ungherese, su cui non si sofferma, ritiene che la propria costituzione tuteli la vita in maniera ancor più forte di quella ungherese¹⁴.

¹³ Sul quale ampiamente A. LOLLINI, *op. cit.*, spec. p. 12 ss.

¹⁴ Sul punto A. LOLLINI, *op. loc. cit.*

3. *La dignità umana come fattore essenziale del dialogo tra Carte e Corti supreme. L'ampiezza dei riferimenti e il conseguente dibattito. Le differenti visioni tra civil e common law. Le finalità e i modi di richiamo alla dignità nella risoluzione delle controversie.*

È utile a tal punto prendere spunto dal richiamo alla dignità per percorrere le strade che ne hanno fatto un fattore essenziale nell'evoluzione del dialogo tra carte e corti fondamentali.

Quella che è stata efficacemente chiamata "l'esplosione dei diritti" è un portato del processo di universalizzazione dei diritti fondamentali avviatosi dopo la seconda guerra mondiale a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e del cittadino lungo le strade dell'adozione di nuove Costituzioni, nuove carte dei diritti e della progressiva diffusione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi.

Nell'attuale stagione dei diritti, espressione di bobbiana memoria, campeggia il ricorso alla dignità umana in numerose pronunzie delle corti costituzionali o supreme dei diversi paesi e con tanta frequenza e con tanta ampiezza da dar vita a un approfondito dibattito sulle modalità che il concetto assume e le funzioni che svolge il suo impiego.

Vero è che il riferimento alle sentenze o alle esperienze europee spesso nelle pronunzie delle corti non ha valore di precedente ma è utilizzato come argomento rafforzativo del ragionamento della corte, spesso senza approfondimenti o specifici riferimenti al caso concreto. Quando accade il contrario invece, il discorso è di accertare quali caratteri assume il richiamo alla dignità. Se esso è ad esempio utilizzato come limite all'esercizio di diritti costituzionalmente fondati, come di frequente fa la nostra Corte, e si parla allora di *rights-supporting* o *right-constrainig*. Oppure come autonomo diritto da bilanciare con altri diritti altrettanto garantiti. O talora assunto come diritto fondativo supremo, per così dire 'superconstituzionale', che lega a sé tutti gli altri diritti e talvolta li rafforza talvolta li condiziona.

In tema di dignità, modello eccellente che ispira anche la Carta dei diritti dell'Unione Europea è il concetto scaturente dall'art.1 Abs.1, GG, frutto di visioni che danno della stessa la dimensione di nozione assoluta e oggettiva, principio supremo dell'ordinamento o al contrario una lettura incentrata sul concreto processo di sviluppo dell'identità e della personalità, in una concezione dinamica e soggettiva della dignità, riferita all'*homme situé* all'interno di una comunità. Nozioni che peraltro non necessariamente si contraddicono, derivando dalla prospettiva statica o dinamica da cui si guarda alla protezione della persona e della personalità.

Tale modello si diversifica, notoriamente, da quello di marca statunitense, dove la dignità si compenetra nella libertà di scelta individuale.

In ogni caso, il collegamento della dignità alla libertà e all'autodeterminazione, propria della concezione di *common law* ma accolta assai spesso in altri ordinamenti, anche sovranazionali, conduce poi all'uso della medesima per fondare decisioni su temi complessi come il fine vita o i diritti delle coppie omosessuali, come avviene spesso nella giurisprudenza della Corte EDU, ma anche su quelli altrettanto rilevanti della tutela delle minoranze, in quanto assenza del riconoscimento sociale e del rispetto reciproco.

Si comprende dunque come la dignità sia divenuta un *topos* argomentativo nelle pronunzie delle Corti supreme di numerosi paesi spesso assai differenti tra loro per tradizioni giuridiche e culturali, talora in assenza di una specifica norma che esplicitamente ne assicuri la garanzia a livello costituzionale¹⁵.

Ad essa si richiama la Corte USA in tema di aborto, ad esempio, dove la lesione della dignità si rinviene nella violazione della libertà della donna di autodeterminarsi nelle scelte fondamentali, rientrando in tal modo nella concezione americana della *privacy*. Emblematici i *cases Parenthood of Se. Pa v. Casey* del 1992 e *Gonzales v. Carhart*, del 2007¹⁶.

Negli ordinamenti latinoamericani si segue la medesima strada coniugando il principio di autonomia con quello di riservatezza, in modo da trasformarlo nel principale strumento di garanzia e riconoscimento di “nuovi diritti”¹⁷.

Il richiamo alla dignità è frequente anche nelle decisioni delle corti di ordinamenti che non si avvalgono di una Costituzione in senso formale, come l'Inghilterra o Israele.

Gli echi della visione di Dworkin nell'accezione di libertà negativa – come spazio dell'agire umano libero dalle interferenze dello Stato – e di libertà positiva – di autonoma risoluzione nelle decisioni fondamentali dell'esistenza – risuonano non soltanto nelle sentenze della Corte statunitense, ma si ripetono anche in quelle della Corte EDU o delle Corti costituzionali

¹⁵ Sul tema la letteratura è sconfinata, ma assai efficace è la sintesi che ne fa A. SPERTI, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell'argomentazione giudiziale*, in www.costituzionalismo.it, 2013. Si veda altresì tra i tanti P. RIDOLA, *La dignità dell'uomo e il “principio di libertà” nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010. Il tema è caro anche a S. RODOTÀ, di cui si cita qui *La rivoluzione della dignità*, edito nel 2013 dalla Scuola di Pitagora editrice.

¹⁶ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992) e *Gonzales v. Carhart*, 550 U. S. 24 (2007).

¹⁷ In tema A. DI STASI, *The inter-american Court of Human Right and the European Court of Human Rights: towards a “Cross Fertilization”?*, in AA.VV., *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 97 ss.

europee. Veramente in questo campo i flussi di *cross-fertilization* sono reciproci e alternati.

In particolare in Europa il riferimento normativo comune è alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione che si riferisce alla dignità come a «un diritto inviolabile a fondamento stesso dell'Unione insieme ai valori e ai principi correlati della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà»: a questa nozione fa riferimento la Corte di giustizia nel caso Omega del 2004¹⁸ e la traduce in un concreto criterio di risoluzione di controversie quando da essa fa derivare la compressione della libera prestazione di servizi nel rispetto di un principio generale dell'ordinamento comunitario. Riecheggiano nelle decisioni della Corte del Lussemburgo come in quella di Strasburgo le espressioni utilizzate dal BVerfG in una sentenza sul carcere a vita del 1977¹⁹, quando sancisce che «il libero individuo e la sua dignità rappresentano i valori più alti dell'ordine costituzionale» che lo Stato è tenuto in ogni sede a rispettare e difendere, poiché «la persona umana è essere spirituale e morale dotato di libertà di autodeterminarsi e svilupparsi». Nella giurisprudenza della Corte tedesca la dignità si fa misura del contenuto e dell'ambito di applicazione degli altri diritti fondamentali: del libero sviluppo della personalità *ex art. 2, comma 1, GG* che trova limiti soltanto nel rispetto dei diritti altrui e del fondamentale ordine sociale – anch'esso disegnato nei suoi confini dalla Costituzione – poiché l'individuo si fa persona nella comunità e nelle relazioni con gli altri: è quanto si legge nel caso *Elfes* deciso dal BVerfG già nel 1957. Un'altra sentenza del 1993, sul diritto alla vita bilanciato con la tutela dell'*Intimsphäre* – in tema di aborto – produce grande influenza sulle decisioni della Corte costituzionale ungherese.

Sia in Francia che in Germania, tuttavia, si tiene a precisare che la dignità nel suo aspetto statico di diritto assoluto e inviolabile è limite all'autodeterminazione individuale e dunque è garantita dallo Stato anche in presenza del consenso del titolare alla sua violazione: così delibera il *Conseil d'Etat* francese in due sentenze del 1995, divenute celebri come il caso del 'lancio del nano'²⁰, nonché il Tribunale federale amministrativo tedesco (BVerwG 64 del 1981, sui c.d. *peep show*), visione che tuttavia non trova concorde apprezzamento in dottrina²¹.

Il dissidio tra la concezione oggettiva e quella soggettiva della dignità

¹⁸ *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellung- GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, sentenza 14 ottobre 2004.

¹⁹ 45BVerfGE, 187 del 1977, C.H.1.

²⁰ In due pronunzie del Conseil d'Etat del 27 ottobre 1995, *Assemblée Commune de Morsang sur Orge e Ville d'Aix en Provence*, n. 143578.

²¹ BVerwG 64, 274 (1981).

è evidente, ad esempio, nel caso *Indiana v. Edwards* deciso dalla Corte suprema statunitense nel 2008 in cui la maggioranza dei giudici ritenne che non si potesse concedere all'imputato disabile di mente di difendersi da solo proprio in considerazione della sua dignità, mentre al contrario l'opinione dissenziente identificava la medesima con la libertà di scelta²².

Fuoriescono da questa analisi, ovviamente, tutte quelle decisioni che tutelano la libertà – e l'onore – proiettandolo sulla istituzione di cui il soggetto fa parte e di cui salvaguardano il prestigio, che è tutt'altro argomento.

Al contrario, assai interessante è l'utilizzo del concetto di dignità in collegamento questa volta con il principio di eguaglianza e con quello di non discriminazione. Il che assume importanza non soltanto in una dimensione per così dire collettiva, in quanto esigenza di riconoscimento della propria identità culturale e sociale da parte di gruppi sociali e minoranze etniche, con particolare rilievo nei Paesi caratterizzati proprio da una spiccata diversità culturale, religiosa o etnica: qui ritroviamo ancora una volta decisioni del Sud Africa, come anche della Corte costituzionale canadese e delle Corti dei paesi latinoamericani, rispetto ai quali è da ricordare la deliberazione della Corte Interamericana dei diritti umani, secondo cui «la nozione di eguaglianza deriva direttamente dall'unicità del genere umano ed è connessa alla dignità essenziale dell'individuo». La stessa Corte si premura altresì di precisare che «il principio non può mai essere inteso come diritto a un trattamento privilegiato in ragione della sua percepita superiorità»²³.

In altro senso, la dignità coniugata con il divieto di discriminazione è invocata a rafforzare gli argomenti a difesa della personalità e della identità degli omosessuali, come recita la Corte suprema del Sud Africa, sancendo nel 1998 l'incostituzionalità di una *sodomy law* (*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, Case CCT 11/98), come anche invocando la dignità la Corte costituzionale della Colombia sancisce la parità dei diritti successorî tra coppie etero e omosessuali (7 febbraio 2007 e 28 gennaio 2008).

Nel tentativo di tirare le fila del discorso frammentario e disordinato fin qui svolto, ma la materia è magmatica e assai vasta, è possibile avanzare alcune considerazioni per così dire intermedie, prima di affrontare la peculiare situazione in cui versano i Paesi afferenti all'Unione Europea.

In primo luogo, il fenomeno del dialogo tra le Corti supreme, favorito e reso assai più diffuso dalla circostanza che nuove Carte fondamentali sono apparse, come si diceva, nel panorama delle recenti o ritrovate democrazie,

²² *Indiana v. Edwards*, 554 U. S. 164 (2008).

²³ Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84.

è da ascrivere al fatto che la tematica dei diritti fondamentali, della loro garanzia e della loro inscindibile connessione con i diritti di libertà è divenuta, per la serie di ragioni dianzi individuate, materia transnazionale in cui, di là dalla considerazione che vi sia oppur no nelle singole Costituzioni l'espressa menzione di questa o quella tutela, è il formante giurisprudenziale che opera con una sorprendente circolazione di modelli omogenei.

D'altra parte, le nuove Costituzioni sono spesso ispirate a quelle dei Paesi di più antica o ininterrotta democrazia, i cui valori a loro volta hanno informato le Convenzioni internazionali che, da quella 'madre' di New York, man mano dettagliano i più svariati aspetti della protezione dell'uomo.

Talvolta, queste nuove Costituzioni si collocano in un contesto storico-politico-culturale in cui svolgono un' incisiva funzione promozionale degli aspetti più retriivi della società.

I giudici supremi, in questo quadro, aiutati dalla tecnologia informatica, che rende estremamente agevole la reciproca conoscenza delle decisioni da ciascuna emanate, forti di una strategia di incontri e scambi a livello nazionale, europeo ed internazionale, muniti di un'elevata sensibilità verso gli studi comparatistici in ogni settore della loro competenza, svolgono con autorevolezza e consapevolezza un'azione politica di supplenza nei confronti di un legislatore o impreparato o condizionato da resistenze più o meno ostinate di un tessuto sociale conflittuale, secondo le caratteristiche proprie di ciascun ordinamento.

Quasi che di fronte alla forza espansiva di certi valori e di certi diritti il potere giudiziario ai massimi livelli, in uno spazio apprezzato come transnazionale, tenda a configurarsi, com'è stato ben detto, «quale organo di una società civile ormai cosmopolita»²⁴, parte di un ordine giuridico che travalica non soltanto i confini materiali, ma altresì le tradizioni e le culture.

4. Il fenomeno nello spazio giuridico europeo. Il dialogo tra le corti dei Paesi dell'Unione. La protezione 'multilevel' dei diritti fondamentali. La pluralità delle fonti e delle Corti. L'eventuale conflitto tra diritti fondamentali e i criteri per la soluzione. La primazia costituzionale del diritto comunitario. La regola della maggior tutela. Oltre il dialogo: l'azione comune in uno spazio comune

Diverso è l'approccio da operare quando si tratta dei Paesi aderenti all'Unione Europea, spazio giuridico in cui si muovono non soltanto le corti

²⁴ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, *passim*.

supreme nazionali, ma anche quelle di Lussemburgo e di Strasburgo.

La questione assume una dimensione e una complessità tutte particolari perché s'intreccia con quella della primazia costituzionale del diritto dell'Unione sia sulle norme ordinarie che su quelle costituzionali dei singoli paesi componenti.

La protezione 'multilevel' dei diritti fondamentali nell'ottica del giurista europeo deve risolvere preliminarmente il non agevole problema di quale sia il catalogo di diritti fondamentali che viene in conto, individuarne il contenuto, procedere alla determinazione dei criteri di bilanciamento, questioni che a loro volta rimandano alla individuazione delle Carte sovranazionali che impongono agli Stati sottoscrittori, che a loro volta fanno parte dell'Unione, l'applicazione delle norme convenzionali, nonché ai rapporti tra le diverse Carte sovranazionali, tra queste e le Costituzioni nazionali. Residua, in aggiunta, se non basta ancora, la determinazione delle competenze delle Corti costituzionali sovranazionali, dei loro rapporti reciproci e con le Corti nazionali e via via giù ai rapporti tra tutte queste istituzioni e i giudici ordinari.

In Europa si contendono il campo della protezione dei diritti fondamentali – nell'ambito delle fonti – la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, la Carta di Nizza e le Costituzioni nazionali. A queste si aggiungono il Trattato di Lisbona, che da un lato apre alla adesione dell'Unione alla CEDU, dall'altro accoglie in sé e qualifica giuridicamente come vincolante la Carta di Nizza e la normativa che questa detta in materia di rapporti tra organi giurisdizionali.

Qui si fronteggiano la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione e le Corti nazionali, costituzionali o ordinarie, di merito e di legittimità.

In questo bailamme²⁵, se mi si consente l'espressione, l'elemento più delicato da affrontare è quello della possibile diversità dei criteri per risolvere i possibili conflitti tra diritti fondamentali proclamati e difesi nel diritto interno oppure in ambito sovranazionale, se è vero, come è vero – ricordando gli insegnamenti di un grande maestro – che nelle situazioni concrete della vita dell'uomo spesso «accade ..che due diritti altrettanto fondamentali si fronteggiano e non si può proteggere incondizionatamente

²⁵ Per alcuni riferimenti bibliografici nella vasta letteratura in argomento cfr. A. GAMBINO, *La protezione "multilevel" dei diritti fondamentali (fra Costituzioni, trattati comunitari e giurisdizioni)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Napoli, 2007, p. 1007 ss.; nonché i contributi contenuti in AA.VV., *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011. Si veda altresì in argomento L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, I ed., 2001.

l'uno senza rendere inoperante l'altro»²⁶.

Domina il campo la questione della primazia costituzionale della normativa di derivazione comunitaria. In verità, quella ordinaria non pone particolari problemi in nessuno degli Stati dell'Unione, mentre quella costituzionale trova spesso resistenze e differenti soluzioni. Essa non è codificata nei trattati, ma scaturisce dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Momento chiave è la pronuncia *Costa v. Enel* dalla quale in poi è espressa costantemente la convinzione secondo cui, a meno di non mettere a rischio lo stesso fondamento giuridico della Comunità, nessun atto nazionale, nemmeno di rango costituzionale, può contraddire il diritto comunitario (art. 189 – ora 249 – del Trattato). A conferma si succedono un'altra notissima decisione del 1970 – caso *Internationale Handelsgesellschaft* – e nel 2000 il caso *Kreil*²⁷.

Alcuni Paesi dell'Unione continuano costantemente a negare la possibilità di disapplicazione di norme costituzionali contrastanti – ove ve ne fossero – con il diritto dell'Unione, ad esempio la Danimarca con una decisione della Corte suprema del 1998 e la Lituania (nel 2006)²⁸. Ma non è questo il punto.

Assai interessanti sono invece le posizioni assunte dal *Bundesverfassungsgericht* e dalla nostra Corte costituzionale.

La Corte di Karlsruhe, e quelle che ne seguono le indicazioni, dopo alcuni tentennamenti si è attestata sul fronte della inammissibilità di questioni di “costituzionalità” sollevate contro norme dell'Unione, se non previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: il momento della chiarezza si rinviene nella sentenza *Honeywell* del 2010²⁹.

Francia, Spagna, Polonia, Ungheria, Romania, Slovenia e forse altri Stati ancora ritengono necessaria, invece, in caso di conflitto, la “costituzionalizzazione” delle norme di diritto europeo, attraverso un procedimento di revisione costituzionale.

Altri Stati seguono invece il modello italiano che, elaborando la teoria dei “controlimiti”, individua un nucleo intangibile di principi: Grecia, Svezia, Finlandia e Portogallo introducono in costituzione una specie di

²⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1992, spec. p. 6 ss.

²⁷ CGUE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Flaminio Costa c. Enel*; CGUE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel* e CGUE, 11 gennaio 2000, C-224/01, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*.

²⁸ In tema T. GROPPI, *I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza “multilivello”*, in www.europeanrights.eu/public/comments/02Groppi_it.doc.

²⁹ BverfG, 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06.

“clausola europea” in cui si pongono esplicitamente i limiti “materiali” alla primazia costituzionale. Limiti che in Italia sono essenzialmente di creazione giurisprudenziale.

L’opinione che sembra convincere maggiormente è quella che vede nello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia la promozione del dialogo tra le corti nazionali e la corte di Lussemburgo. Giustamente si sottolinea come nel parlare di dialogo si accoglie il metodo discorsivo, attraverso cui, ricordando Habermas, le corti «gettano passerelle che collegano ordini nazionali e sopranazionali»: espressione felice dovuta alla penna di Sabino Cassese³⁰.

Anche in ragione di questa assuefazione al dialogo, sempre più di frequente è dato rinvenire argomentazioni che, a rafforzare o a legittimare la propria decisione, rinviando all’opinione di giudici di altri Stati dell’Unione: si pensi ad esempio al *rationale* di Lord Justice Matthew Thorpe a fondamento della decisione del caso *Radmacher v. Granatino* (2010), che fonda la validità di un *premarital agreement in contemplation of divorce* sulla considerazione che un giudice francese o tedesco lo avrebbe ritenuto tale³¹.

In Italia probabilmente le chiavi del problema si ritrovano negli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., nella formulazione ricevuta dalla riforma del 2001. Nella concezione della nostra Corte costituzionale, in base alle norme richiamate i due ordinamenti – europeo e nazionale – rimangono autonomi e separati, seppur coordinati: numerose sentenze lo ripetono, sicché per il primo vale pur sempre «il limite dei principi fondamentali dell’assetto costituzionale e della maggior tutela dei diritti inalienabili della persona» (una per tutte: Corte cost. 24 giugno 2010, n. 227). La Corte in tal modo rivendica a sé il sindacato sulla legge di esecuzione dei Trattati in riferimento ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona umana (la Corte dal 1973 al 1989), ma attraverso questa via, in particolare con una sentenza del 2008, ammette la proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sebbene soltanto per i giudizi di costituzionalità in via principale.

Rimane tuttavia per il giudice ordinario l’obbligo di porre rimedio al contrasto tra diritto interno e diritto dell’Unione attraverso un’interpretazione conforme ai principi di quest’ultimo, né secondo le regole del trattato, può offrire una lettura della disposizione sovranazionale che entri in conflitto con i diritti fondamentali o con i principi generali del diritto comunitario

³⁰ S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, spec. p. 3 ss.

³¹ Citato da G. OBERTO, *La comunione legale tra coniugi*, Milano, 2010, p. 204. Cfr. altresì in argomento i contributi in AA.VV., *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Milano, 2006.

(così la Corte cost. nel 2004, 2005, 2007, 2009 e 2010).

E qui si è di fronte ad un'ulteriore chiave di risoluzione delle questioni poste, poiché il riferimento ai principi generali dell'Unione si collega con naturalezza alla regola della maggior tutela.

Dunque, e riassumendo i principi via via enunciati dalla Corte costituzionale, sul presupposto che una norma ordinaria interna contrastante con il diritto comunitario va disapplicata – qualora la regola comunitaria abbia effetto diretto o sia sufficientemente determinata – in caso di contrasto con un principio o regola non dotata di tale effetto esso va risolto dalla Corte costituzionale soltanto quando la norma interna non sia suscettibile d'interpretazione conforme ai principi dell'ordinamento europeo.

In questo quadro, nel quale volutamente si trascura la questione della doppia pregiudizialità, quando si pongono contemporaneamente una questione interna di legittimità costituzionale ed una esterna di compatibilità comunitaria³² si pone l'ulteriore dirimente questione dei rapporti tra l'ordinamento italiano e la CEDU – e le deliberazioni della Corte EDU.

Dopo un periodo d'incertezza e di contrasto tra dottrina e giurisprudenza, attenuato dalle numerose pronunzie della Consulta che affermano la sostanziale identità dei valori enunciati nella Convenzione e nella Costituzione (nel 1981, nel 2002 ecc.), un passaggio importante s'individua nella sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite, nota come sentenza legge Pinto, in cui la Cassazione afferma il dovere del giudice ordinario «di applicare il diritto nazionale conformemente alla Convenzione» nonché «di interpretare – la legge interna – in modo conforme alla CEDU per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea». Tre successive sentenze della Cassazione penale nel 2005 e nel 2006 ribadiscono l'obbligo del giudice italiano di conformarsi alle pronunzie della Corte EDU.

Ma anche il giudice delle leggi è sottoposto a tale obbligo? Trascurando le questioni tecniche poste dall'art. 117 Cost., il cuore del problema si rispecchia in una sentenza della Consulta del 2009 (4 dicembre 2009, n. 317), secondo cui «il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie CEDU nell'ordinamento dev'essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela», riservando a se medesima il bilanciamento tra diritti di pari valore.

In altri ordinamenti, al contrario, si riconosce l'efficacia diretta delle norme

³² In tema M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 222 ss. nonché G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_TESAURO.pdf

pattizie ai rapporti interpretati, deducendone un “*controle de conventionnalité*” affidato alle corti ordinarie con efficacia *inter partes* (Francia)³³ o l’amparo diretto al *Tribunal constitutionnal* a tutela di un diritto fondamentale, con l’obbligo di adeguarsi ai precedenti della Corte EDU (Spagna)³⁴.

Anche in Italia, probabilmente, l’obbligo d’interpretazione conforme implica necessariamente che il contenuto della norma convenzionale sia individuato con il ricorso alla lettura che ne dà la Corte di Strasburgo (così ritengono tanto la Corte costituzionale quanto la Cassazione nel 2009), purché si abbia riguardo delle oscillazioni di giurisprudenza, delle opinioni dissenzienti e della provenienza dalla Camera o dalla Grande Camera; occorre tener conto altresì se la decisione della Corte Edu si rivolge oppure direttamente allo Stato italiano.

Tuttavia, l’obbligo di interpretazione conforme, così come delineato dalle stesse regole CEDU (art. 32, part. 1), dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalle nostre Corti supreme, sancisce l’inviolabilità dei diritti della persona statuiti nella Convenzione ed impone ai giudici nazionali di conformarsi alla giurisprudenza di Strasburgo, con il limite, posto dalla nostra Consulta, del rispetto della “maggior tutela”. Vero è che come si è detto che la Consulta si riserva anche il controllo di come la regola scaturente dalla CEDU, nell’interpretazione di Strasburgo, si inserisca nell’ordinamento italiano. Ma è altrettanto vero che sia nell’ambito del diritto penale che in quello dei rapporti civilistici è sempre più evidente l’opera di adeguamento posta in essere dai nostri giudici di ogni ordine e grado dai principi generali e di tutela della persona umana come scaturiscono dall’intreccio della Convenzione con la nostra Costituzione, secondo la regola della maggior tutela.

E qui gli esempi si moltiplicano, ad esempio quando la Consulta dichiara, nel 2011, la illegittimità dell’art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede la revisione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte Edu che accerta l’assenza di equità del processo *ex art. 6 CEDU*. O quando, pur dissentendo parzialmente, nel 2011 si occupa del principio di retroattività delle leggi penali migliorative. O nelle sentenze della Cassazione nei casi *Welby* ed *Englaro*. O quando la stessa Corte suprema discute sul cognome familiare. Oppure quando la Corte costituzionale smantella la nostra legge sulla fecondazione assistita.

Non siamo più in questi casi di fronte ad un dialogo, ma ad un’azione comune in uno spazio comune europeo in cui, se vari attori si confrontano, i

³³ Cfr. del *Conseil d’Etat* il c.d. *arrêt Nicolo* del 20 ottobre 1989. Sul punto, successivamente *Cass.*, 20 giugno 2000, (*Crédit Lyonnais/Lecarpentier*), in *Rev. fr. dr. adm.*, 2000, 6, p. 123.

³⁴ Il rinvio è al caso *Barberà, Messeguer y Jabardo*, Trib. const. 16 dicembre 1991, n. 245.

giudici assumono un'incidenza di intensità peculiare destinata ad accrescersi se e quando si concluderà il processo di adesione della Unione alla CEDU. Il che comporterebbe la definizione delle norme convenzionali come "diritto comunitario". Con l'adesione della UE alla CEDU si supererebbe quel limite che condiziona la Carta di Nizza, di prescrivere diritti e libertà rilevanti soltanto nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, rientrando anch'essa nel dialogo delle Carte supreme mediante il principio della miglior tutela.

Giustamente si sottolinea come³⁵, «il rispetto della dignità umana, il diritto alla vita, il divieto della pena di morte, il divieto della tortura... non riguardano, infatti, specificamente il diritto dell'Unione, le cui competenze non toccano tali beni, ma gli Stati che ne fanno parte e, soprattutto quelli che aspirano a divenirne membri... onde la Carta si presenta come una sorta di sintesi di valori costituzionali comuni cui l'Unione fa riferimento, anche al di là dell'esercizio delle sue competenze».

Con buona pace della logica della separazione degli ordinamenti tra unione e singoli Stati.

³⁵ F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (Considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 148.