

Diritti, giudizi e conflitti*

ABSTRACT

After having rejected the perspective according to which judicial reasoning deals with one right answer, and having rather embraced the idea of judging as a matter of degree, the paper tackles, from the Constitutional Courts point of view, the topic of intra-systemic and extra-systemic judicial conflicts. Firstly, it outlines the causes of conflicts. Then the paper comes to draw the main attitudes and the main tools developed by courts when dealing with conflicts. By analysing some paradigmatic and recent decisions of the Italian Constitutional Court and of the European Court of Human Rights, the Author underlines that, while the view based on single cases can enlighten conflicts and incoherencies, an overall view of the judicial trends may show forms of convergence. Moreover, she maintains that, since the extra-systemical relationships among courts have been taking a network rather than a hierarchical shape, the dialogue among courts seems to be a promising pathway.

KEYWORDS

Constitutional Interpretation – Judicial Reasoning – Conflicts of Values – Balancing – Overlapping Jurisdictions.

1. PREMESSA

Il problema dei conflitti giurisprudenziali sta emergendo all'attenzione della riflessione contemporanea europea in concomitanza con alcuni sviluppi che connotano l'esperienza giuridica attuale: gli ordinamenti giuridici nazionali si sono aperti alla dimensione europea e contemporaneamente si sono trasformati in ambienti spiccatamente pluralistici e multiculturali; da tempo il diritto di matrice giurisprudenziale sta acquisendo un'importanza crescente anche nel vecchio continente, tradizionalmente dominato dalla prevalenza della

* Il presente scritto riproduce, con pochi indispensabili adattamenti, la relazione presentata a Padova il 23 ottobre 2014, nel Seminario dedicato al tema "Conflitti interpretativi", organizzato, nell'ambito delle Giornate di ermeneutica giuridica, presso l'Università degli Studi di Padova, e dell'intervento svolto in tale occasione mantiene lo stile discorsivo e colloquiale.

legge e del diritto scritto; contestualmente lo spazio giuridico europeo è divenuto teatro di una stretta interconnessione di ordinamenti, i cui snodi di raccordo sono costituiti dalle autorità giurisdizionali; ancora, lo sviluppo della cultura dei diritti individuali che caratterizza il nuovo secolo investe gli organi giurisdizionali dei problemi sociali più scottanti e dibattuti, ai quali essi debbono offrire risposte anche quando le istituzioni politiche e rappresentative esitano ad intervenire; sempre più frequentemente i giudici sono chiamati a dare applicazione a principi e a diritti piuttosto che a regole, ciò che richiede loro l'esercizio di una attività interpretativa particolarmente creativa.

Questi e molti altri fattori stanno complessivamente trasformando il ruolo del giudiziario, gravandolo di responsabilità inedite, certamente non più riconducibili ad un neutrale *ius-dicere*.

In un tale contesto, il giudice – in particolare il giudice di una Corte costituzionale, dal cui punto di osservazione svolgerò le considerazioni che seguono –, posto di fronte a un caso o a una controversia, raramente si trova di fronte ad una netta alternativa tra *un'unica* soluzione giusta e *un'unica* risposta sbagliata. Se così fosse, le eventualità di conflitti giurisdizionali sarebbe limitata ai soli casi di macroscopico errore giudiziario. Piuttosto, egli ha di fronte a sé un'ampia gamma di possibili esiti, più o meno convincenti, più o meno appropriati, più o meno aderenti ai principi giuridici che è chiamato a tutelare. Raramente il paradigma del giudicare è binario – giusto e sbagliato; più spesso esso è gradato – buono, migliore, ottimo, cattivo, peggiore, pessimo.

Prova ne sia la varietà degli strumenti decisori di cui le Corti dispongono, anch'essi sempre più articolati e sofisticati, come testimonia in modo esemplare lo sviluppo delle tecniche decisionali delle corti costituzionali, sia nell'esperienza italiana, sia in quella comparata: sul tronco dei dispositivi di puro accoglimento e di puro rigetto delle questioni di costituzionalità, ben presto sono germogliate le varianti dell'accoglimento parziale, delle decisioni manipolative, sostitutive o additive, delle sentenze interpretative di accoglimento e di rigetto, delle additive di principio o di meccanismo, delle additive di flessibilità, delle pronunce di mera incompatibilità, fino alla modulazione degli effetti temporali delle decisioni.

Questa elementari constatazioni dicono della possibilità di conflitti o divergenze giurisprudenziali, sia nell'ambito delle pronunce della stessa autorità giudiziaria, sia tra giudici diversi appartenenti allo stesso sistema giuridico sia, e ancor più, tra corti appartenenti a ordinamenti diversi.

Nella prima parte del presente scritto vorrei identificare alcuni dei fattori che in misura piuttosto frequente possono generare conflitti giurisprudenziali. Lo farò partendo da esempi reali, tratti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, che è a me più familiare. Nella seconda, più breve, parte, proverò a descrivere, pur sommariamente, gli strumenti attraverso cui le corti

affrontano il conflitto, per interrogarmi, in conclusione, sugli effetti complessivi dei conflitti giurisprudenziali.

2. I FATTORI CHE GENERANO IL CONFLITTO

2.1. *Valori e metodo interpretativo*

In un contesto sociale ad alta valenza pluralistica e multiculturale, come è quello dell'Europa contemporanea, il primo fattore che può determinare – e di fatto determina – significativi conflitti giurisdizionali è costituito dalle diverse opzioni morali sottese alle regolazioni normative. Nel campo dei «nuovi diritti», che toccano tematiche legate alla famiglia, alla riproduzione, alla vita, alle cure mediche, all'educazione e ad altre questioni eticamente sensibili, le diverse opinioni si ripercuotono con molta evidenza sulle dinamiche giurisdizionali, determinando attriti e conflitti.

È interessante notare che dal punto di vista giurisdizionale i conflitti sui valori morali sono spesso dissimulati e si manifestano nella forma del disaccordo sul metodo. Nelle motivazioni delle sentenze di norma non vi è traccia di discussioni sui valori morali. Piuttosto, si possono identificare i diversi orientamenti valoriali in campo, sotto le «mentite spoglie» delle diatribe metodologiche.

Prendiamo in considerazione uno dei casi più dibattuti degli ultimi anni, relativo ai diritti delle coppie omosessuali. È cosa nota che su questo terreno i vari ordinamenti stanno offrendo risposte diverse alla domanda di riconoscimento delle unioni omosessuali.

Alcuni ordinamenti equiparano del tutto le unioni di coppie omosessuali a quelle eterosessuali, aprendo l'istituto del matrimonio a entrambe (come accade ad esempio in Spagna e in un crescente numero di Stati degli USA). Altri conoscono forme distinte di tutela, riservando il matrimonio alle coppie eterosessuali e istituendo invece unioni civili, o altre forme di partnership, per altre forme di convivenza, incluse quelle tra omosessuali (ad esempio in Germania). Altri ancora, come l'ordinamento italiano fino ad oggi, non prevedono nessuna regolamentazione specifica per le coppie omosessuali.

Ancora, dal punto di vista del «rango», cioè del livello di tutela approntata, ci sono paesi che traggono indicazioni precise direttamente dai testi costituzionali e sono dunque giunti a introdurre nuove forme di regolazione delle convivenze per via giurisdizionale, mentre altri reputano invece che la disciplina di questi istituti debba rimanere riservata alla sfera della discrezionalità del legislatore.

La sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana, che si è occupata di questa problematica, è ricca di spunti, anche per la pluralità dei metodi interpretativi e argomentativi che utilizza. In breve, la Corte era stata

chiamata a giudicare un gruppo di disposizioni del codice civile dalla cui lettura congiunta si ricava che il matrimonio è riservato solo alle coppie eterosessuali, rimanendo precluso a quelle omosessuali. I parametri di giudizio su cui la Corte si sofferma nella sua motivazione sono gli artt. 2 e 29 della Costituzione.

Quanto all'interpretazione dell'art. 29 Cost. che si occupa specificamente di matrimonio e di famiglia, la Corte ricorre a un metodo che valorizza il dato testuale e le intenzioni del Costituente, pur non ignorando l'esigenza di assicurare una interpretazione dinamica alle disposizioni costituzionali. In proposito la Corte afferma testualmente che:

è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata. Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. [...] Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 [...].

Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa.

Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto (corsi aggiunti).

Questa conclusione verrà poi ribadita nella successiva e più recente sentenza n. 170 del 2014, che riguarda la peculiare situazione di due coniugi che, nonostante la rettificazione dell'attribuzione di sesso ottenuta da uno di essi, non intendono interrompere la loro vita di coppia, nonostante il venir meno del requisito, per il nostro ordinamento essenziale, della eterosessualità. Anche in questa occasione la Corte afferma che:

la nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.) è quella stessa definita dal codice civile del 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso.

Diverso il metodo e le conclusioni che la Corte ha raggiunto in riferimento all'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione. In ordine a tale disposizione,

di per sé aperta e fraseggiata in modo più duttile e «poroso», la Corte afferma nella sent. n. 138 del 2010:

L'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. *In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. [...]*

Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette (corsivi aggiunti).

Un'analoga applicazione del metodo interpretativo, dinamico ed evolutivo, appena richiamato è ribadito anche nella già citata sent. 170 del 2014, che riferendosi esplicitamente al precedente del 2010, insiste su fatto che:

nella nozione di “formazione sociale” – nel quadro della quale l'art. 2 Cost. dispone che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo – è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

È interessante osservare, nel quadro delle considerazioni oggetto delle presenti riflessioni, che la Corte costituzionale, nell'ambito delle medesima decisione, in riferimento all'art. 2 Cost. fa prevalere una interpretazione aperta sul dato sociale, dinamica ed evolutiva, favorita da una formulazione di principio ampia, duttile e malleabile, mentre lascia in ombra i richiami all'interpretazione testuale e *all'original intent*, che appaiono, invece, decisivi in relazione all'interpretazione dell'art. 29 Cost.

Invero, non di rado nell'ambito della stessa decisione la Corte costituzionale italiana fa ricorso a metodi interpretativi diversi e li usa in modo complementare. A differenza dell'esperienza americana dove di per sé la discussione sul metodo è fortemente connotata dal punto di vista ideologico, nel nostro ordinamento non è così. Negli Stati Uniti *l'originalismo* e *il testualismo* sono propugnati di norma dai giudici conservatori, mentre *l'in-*

interpretazione evolutrice o adeguatrice e l'uso della comparazione giuridica sono strumenti spesso invocati per lo più dai giudici *liberal*. La giurisprudenza costituzionale italiana non conosce una tale divisione ideologica in ordine al metodo interpretativo ed è caratterizzata semmai da una tendenza al sincretismo metodologico, favorita anche da un'applicazione particolarmente rigorosa del principio di collegialità, che non di rado conduce la Corte a decisioni prudenziali, moderate, compromissorie. Nell'ambito della medesima decisione possono facilmente identificarsi argomenti di carattere storico, testuale, evolutivo, sistematico; grande spazio può essere attribuito all'interpretazione conforme ai valori costituzionali o ai vincoli europei; occasionalmente si fa riferimento alle esperienze straniere e talora compaiono citazioni testuali di lavori preparatori, mentre con regolarità la Corte poggia sui propri precedenti e sulle decisioni di altre Corti, nazionali ed europee. Raramente una decisione poggia tutta su un unico metodo interpretativo; al contrario la decisione tende ad essere irrobustita grazie all'apporto di una pluralità di elementi, tratti da metodologie argomentative diverse e complementari. Questo atteggiamento è bene evidente nella decisione n. 138 del 2010 qui considerata, dove la Corte esamina accuratamente una pluralità di argomenti di varia natura, anche in virtù del fatto che il tema della relazioni affettive e familiari tocca uno degli istituti portanti della vita sociale e personale, soggetto a profonda e rapida trasformazione e oggetto di vivaci dibattiti pubblici. Tale complessità argomentativa si riflette anche nel *decisum*, dato che la Corte da un lato esclude una declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme codicistiche impugnate, e dall'altro sollecita il legislatore, sia pur nel rispetto della sua discrezionalità, a farsi carico delle richieste di tutela delle coppie omosessuali, nel rispetto del pluralismo di visioni presenti nella società.

Come spesso accade negli ambiti in cui il dissenso sociale è più marcato, in questo caso la Corte costituzionale ha mantenuto un atteggiamento di *self-restraint*, accedendo, più o meno consapevolmente alle tesi di chi, come Jeremy Waldron reputa che il *disagreement* trovi la sua più adeguata sede di composizione nell'ambito delle istituzioni rappresentative, piuttosto che in quelle giurisdizionali. Per certi aspetti analoga è la posizione anche della Corte europea dei diritti dell'uomo, che su questa tematica lascia ampio spazio al «margine di apprezzamento» di ciascuno Stato membro, proprio in considerazione del fatto che un consenso diffuso sul tema non si è ancora consolidato (per tutte si vedano le decisioni del 22 dicembre 2010, *Schalk and Kopf contro Austria* e del 13 novembre 2012, *H. contro Finlandia*). Diverso può essere l'atteggiamento dei giudici di merito, tribunali o corti d'appello, nella cui prassi giurisdizionale relativa a temi eticamente sensibili e controversi si può trovare più facilmente qualche decisione «di avanguardia», che tende a innescare una dialettica giurisprudenziale con altri giudici.

Gli organi giurisdizionali «di chiusura» del sistema – qual è di certo la Corte costituzionale, giudice delle leggi avverso le cui decisioni non è dato di ricorrere a mezzi di impugnazione – sono di norma maggiormente inclini alla prudenza nei casi coinvolgenti temi eticamente controversi. E tuttavia si può osservare che proprio negli anni più recenti anche le corti costituzionali e le altre corti superiori non si sono sottratte ad un certo attivismo giurisdizionale. Probabilmente, una certa diffusa timidezza delle istituzioni politico-rappresentative, unitamente al fatto di operare in un quadro costituzionale composito come è quello dell'Europa contemporanea – in cui neppure le Corti supreme e le Corti costituzionali nazionali si trovano in posizione solitaria al vertice del sistema giurisdizionale, dato che, specie in materia di tutela dei diritti individuali, condividono responsabilità e competenze con altre corti e altri giudici – influenza l'atteggiamento complessivo delle autorità giudiziarie, spingendole a non rifuggire da decisioni controverse e divisive e rendendole a loro volta fattori attivi della dialettica giurisdizionale.

2.2. La «prospettiva» delle Corti

Proprio quest'ultima considerazione relativa al complesso intreccio di relazioni giurisdizionali che connota il sistema europeo, specie nelle posizioni apicali, ci introduce ad osservare altri tipi di possibili conflitti giurisdizionali, che potremmo definire di natura intersistemica.

Indubbiamente, uno dei principali fattori che spiegano l'evenienza di conflitti giurisprudenziali nell'attuale contesto costituzionale europeo è costituito dalla moltiplicazione delle autorità giurisdizionali dotate di *overlapping jurisdiction*, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali. Il composito sistema di tutela dei diritti, che si è sviluppato grazie alla cresciuta importanza della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e alla approvazione della Carta dei diritti dell'Unione europea, che irrobustisce il ruolo di *human rights adjudicator* della Corte di giustizia dell'Unione europea, è strutturalmente portatore di potenziali conflitti fra le corti, anche perché la definizione dei confini degli ambiti di competenza delle due corti europee, delle corti costituzionali nazionali e dei giudici nazionali ordinari non è sempre nitida. Non di rado, il medesimo caso può essere giudicato da varie corti, che non sempre si relazionano fra di loro secondo un ordine chiaramente prestabilito. Basti considerare che la Corte di Strasburgo, che pure ha competenza generale in materia di diritti umani, dovrebbe intervenire in funzione meramente sussidiaria rispetto alle autorità giurisdizionali nazionali, solo dopo che sono stati esauriti tutti i rimedi giurisdizionali interni; tuttavia, tra i rimedi giurisdizionali soggetti a previo esaurimento non sempre la Corte Edu ricomprende il giudizio delle corti costituzionali nazionali (come ad esempio nel caso italiano). D'altra parte, la competenza della Corte di giustizia dell'Unione

europea in tema di diritti fondamentali e le sue relazioni con le corti nazionali si basa sul diverso criterio dell'ambito di applicazione della Carta, come delineato dall'art. 53 della medesima, cosicché essa dovrebbe intervenire nei soli casi in cui gli Stati membri agiscono in attuazione di normative comunitarie. I rapporti tra la Corte di Strasburgo e le corti nazionali da un lato, la Corte di giustizia dell'Unione europea e le medesime corti nazionali dall'altro, e tra le due corti europee dall'altro ancora rispondono a logiche diverse e non facilmente ricomponibili secondo un unico criterio predeterminato. Il che sta generando una certa competizione fra le Corti, alimentata anche dal noto fenomeno del cosiddetto «forum shopping».

Uno dei casi più significativi attraverso il quale bene si possono analizzare le ragioni dei possibili conflitti intersistemici tra diverse corti nel contesto europeo è quello che riguarda le «pensioni svizzere».

Questa complessa vicenda giudiziaria, che ha determinato una contrapposizione tuttora irrisolta tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo, prende origine da una legge nazionale che, con effetto retroattivo, interpretava la normativa in vigore, relativa alla determinazione dell'entità del trattamento di quiescenza di una categoria di lavoratori, residenti in Italia, ma operanti in Svizzera, in senso sfavorevole agli interessati. Volendo semplificare al massimo la complessa vicenda, è sufficiente qui ricordare che la legge impugnata riguardava una situazione privilegiata, avendo i lavoratori interessati versato contributi previdenziali in Svizzera per somme complessivamente inferiori di circa quattro volte rispetto a quelle versate dai lavoratori italiani. I suddetti lavoratori avevano poi potuto beneficiare del trasferimento di tali contributi in Italia in base ad un accordo internazionale e la legge italiana, nella sua originaria interpretazione, aveva consentito loro di godere del medesimo trattamento pensionistico previsto per i lavoratori italiani, basato sul criterio retributivo. Proprio quest'ultimo aspetto è stato oggetto di un ripensamento da parte del legislatore. Infatti, in un primo tempo la normativa italiana era stata interpretata nel senso che anche per questa categoria di lavoratori il trattamento pensionistico si dovesse calcolare con metodo retributivo, cioè commisurato alla retribuzione da essi percepita in Svizzera, di norma assai più elevata di quella dei lavoratori italiani. La legge interpretativa impugnata, invece, mutava orientamento, ritenendo che la pensione dovesse essere quantificata in base ai contributi effettivamente versati dal lavoratore.

Nella decisione *Maggio c. Italia* del 31 maggio 2011, la Corte europea ha giudicato che la rideterminazione *in pejus* del trattamento pensionistico fosse contraria ai diritti protetti dalla Convenzione e, nella specie, comportasse una violazione del diritto all'equo processo ex art. 6 CEDU. In particolare la Corte argomentava che, anche se alla base della legge di interpretazione autentica era ravvisabile un «motivo di interesse generale» legato all'equilibrio finanziario dello Stato, esso non era sufficientemente «impellente», dato che le esigenze

finanziarie dello Stato non possono da sole giustificare l'interferenza del legislatore nella determinazione giudiziaria delle controversie, a scapito dei diritti dei singoli individui.

Diversa la valutazione della Corte costituzionale italiana, nella sent. n. 264 del 2012 che, pur consapevole della diversa posizione mantenuta dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, ha giudicato la legge interpretativa non costituzionalmente illegittima. A differenza della Corte europea, la Corte costituzionale italiana ha identificato una diversa giustificazione a sostegno della legislazione censurata: non i meri interessi finanziari dello Stato, ma la complessiva razionalità e sostenibilità del sistema pensionistico, ispirato al rispetto dei principi di eguaglianza e solidarietà erano alla base dell'intervento retroattivo del legislatore italiano che, sotto questo profilo, appariva costituzionalmente giustificato. Di conseguenza, l'esito del giudizio delle due corti è stato opposto.

Può essere interessante sottolineare che questa divergenza nell'esito delle due sentenze *non* dipende da una distanza delle due corti quanto ai *criteri o parametri di giudizio*. Anzi, questo conflitto si viene a determinare in un momento storico in cui le due Corti si sono allineate, quanto a *standard* di valutazione delle leggi retroattive, dato che la Corte costituzionale italiana ha significativamente modificato la propria giurisprudenza sul punto, adeguandosi ai più severi standard di giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo. Oggi entrambe le Corti in linea di massima ritengono che «il legislatore può emanare norme con efficacia retroattiva, anche di interpretazione autentica, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione nell'esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti «motivi imperativi di interesse generale», ai sensi della CEDU (sent. n. 170 del 2013, sent. 264 del 2012). Infatti, la Corte costituzionale, dopo aver richiamato esplicitamente i principi formulati dai giudici europei nella sentenza *Maggio* della Corte europea sopra ricordata, osserva che l'impostazione seguita in detta pronuncia «risulta sostanzialmente coincidente con i principi enunciati da questa Corte con riguardo al divieto di retroattività della legge» (sent. 264 del 2012).

Sul piano delle enunciazioni di principio e dei criteri generali di giudizio vi è dunque un totale allineamento tra le due Corti. Purtroppo, nel caso di specie la Corte costituzionale italiana ha reputato che non facessero difetto quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva e che, al contrario, la Corte europea aveva giudicato insussistenti:

È ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i tratta-

menti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni.

È interessante notare che la Corte costituzionale rende esplicito che il diverso esito di giudizio dipende, non già da una divergenza di principio, ma piuttosto da un diverso approccio metodologico, legato alla *diversa «prospettiva»*¹ da cui le due Corti giudicano. I giudici accedono alla conoscenza della realtà da una determinata prospettiva. Così, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo, investita tramite ricorso individuale diretto, appare «tenuta a *tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti*, i diversi valori in giuoco», viceversa, la Corte costituzionale opera una tutela dei diritti fondamentali «*sistemica e non frazionata* in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto fra loro».

Il diverso esito dei giudizi non dipende, semplicisticamente, dall'uso di uno scrutinio più o meno stretto o dalla propensione per una più o meno rigorosa tutela dei diritti individuali o, ancora, dall'adozione di un livello più o meno alto di garanzia. L'origine del contrasto è piuttosto da rintracciarsi nella diversa prospettiva di valutazione: caso per caso, per la Corte europea, sistemica o integrata per la Corte italiana.

Infatti, la Corte tiene a sottolineare che suo compito è assicurare sempre la massima espansione delle garanzie (al plurale), intesa non in senso individualistico, ma relazionale e sistemico:

il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato *mirando alla massima espansione delle garanzie*, concetto nel quale deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, *il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela*.

[...] nelle valutazioni di questa Corte [...] *la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro* (sent. n. 264 del 2012, corsivi aggiunti).

Quali sono, dunque, i fattori che influenzano la *diversa prospettiva* delle due Corti? Per evidenti ragioni non è qui possibile sviluppare compiutamente un'analisi che meriterebbe ben altri spazi e ben altra attenzione. Per sommi capi si può almeno accennare a questi elementi:

a) la Corte europea dei diritti dell'uomo conosce delle questioni sottoposte al suo esame in virtù di *ricorsi individuali*. È il singolo che lamenta la lesione del proprio diritto (nel nostro caso il singolo pensionato) e che per questo chiede

1. G. Robles Morchón, 2014,

tutela alla Corte europea. Viceversa, di norma l'accesso alla Corte costituzionale avviene di norma per via incidentale. Si tratta di un peculiare giudizio che muove del caso concreto, ma investe la Corte del *giudizio sulla legge*. La Corte costituzionale è giudice delle leggi, mentre la Corte europea può essere adita anche per lesioni derivanti da fatti, atti, omissioni delle pubbliche autorità e comunque nella prospettiva del soddisfacimento di un interesse individuale;

b) questa diversa prospettiva si riflette anche sugli *effetti delle decisioni* delle due Corti: di norma la Corte europea, offre una risposta al caso individuale, valido *inter partes* (salvo le ipotesi di sentenze-pilota); la Corte costituzionale decide con effetti *erga omnes* sulla validità di una norma giuridica. Anche per la Corte costituzionale il caso concreto può essere ed è spesso elemento essenziale per la corretta comprensione della disposizione sottoposta al suo esame, ma il giudizio della Corte costituzionale ha per oggetto la norma di legge, mentre non sempre necessariamente l'accertamento della violazione del diritto fondamentale deve portare alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge nell'ambito di un ricorso individuale;

c) i diritti fondamentali non sono mai assoluti (e su questo punto tornerò ulteriormente), ma sono necessariamente limitati. In tutte le carte di diritti, costituzionali, europee o internazionali, l'enunciazione dei diritti è sempre accompagnata da *clausole di limitazione* (generali o puntuali). I diritti sono sempre predicati con i relativi limiti. Di norma, i diritti sono limitabili per «*motivi di interesse generale*», più o meno impellenti e imperativi a seconda del tipo di scrutinio a cui è soggetto il diritto in questione. Ora, è evidente che l'interesse generale che può giustificare la limitazione del diritto varia a seconda dell'ordinamento di riferimento: l'interesse generale di uno Stato membro può non coincidere con quello dell'UE che a sua volta può distinguersi da quello del Consiglio di Europa nel cui ambito decide la Corte europea dei diritti dell'uomo;

d) neppure irrilevante è il fatto che la Corte costituzionale sia un giudice *interno* ad un dato ordinamento giuridico e a un dato sistema politico, mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo agisce come controllore *esterno* delle azioni degli Stati membri. Il caso della Corte dell'UE come giudice dei diritti fondamentali è particolarmente interessante perché, ai sensi dell'art. 51 della Carta, agisce sia come giudice interno, quando è chiamata a sindacare la validità degli atti delle istituzioni comunitarie, sia come giudice esterno, quando si esprime, attraverso le pregiudiziali interpretative, sugli atti degli Stati membri. L'essere inserito in un dato ordine giuridico e in una data architettura politica e giurisdizionale è un fattore che inevitabilmente incide sulle responsabilità sistemiche dell'organo giudicante. Basti pensare, con specifico riferimento al caso delle pensioni svizzere poco sopra illustrato, al tema degli effetti finanziari: una Corte costituzionale (e ogni controllore interno) non può non tenere nel

suo orizzonte conoscitivo le ricadute che le sue decisioni provocano sull'equilibrio finanziario dello Stato, perché esse si ripercuotono in definitiva anche sulla salvaguardia di altri diritti e posizioni soggettive costituzionalmente protette (v. sent. n. 10 del 2015), mentre una tale problematica può essere avvertita in misura meno stringente da un giudice esterno.

Questi e molti altri fattori influenzano la *prospettiva* di giudizio delle Corti, cioè l'angolo visuale attraverso cui esaminano lo scorcio di realtà sottoposto al loro esame. Queste diverse angolature bastano a spiegare perché lo stesso caso possa ricevere diverse soluzioni da parte di giudici diversi, anche quando i criteri di giudizi sembrano essere i medesimi, come accade nei casi sui diritti individuali. In un contesto composito e plurale, come è quello attuale europeo, la dialettica giurisdizionale tra i diversi attori chiamati a svolgere funzioni di garanzia è, dunque, in qualche misura inevitabile.

2.3. *La struttura relazionale dei diritti e il loro bilanciamento reciproco*

Un'ulteriore sorgente di possibili conflitti giurisdizionali origina dall'impianto pluralistico delle Costituzioni contemporanee e delle Carte dei diritti, nonché dalla struttura relazionale dei diritti fondamentali. La maggior parte delle controversie che hanno ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali riguardano la tensione tra due o più diritti individuali – o tra un diritto individuale e un interesse pubblico – che si trovano in relazione tra loro nella medesima vicenda giurisdizionale. I diritti, pur essendo attribuiti all'individuo come tale, riguardano la persona nella sua dimensione relazionale, cosicché inevitabilmente debbono essere esercitati tenendo conto delle esigenze di tutela di altri interessi individuali o sociali con cui essi entrano in rapporto.

Continuando nell'approccio metodologico fin qui seguito, esaminiamo questa problematica attraverso un caso recentemente presentatosi all'esame della Corte costituzionale. Emblematico per rappresentare questa situazione di relazionalità dei diritti e delle connesse esigenze di bilanciamento reciproco è il caso ILVA, deciso dalla Corte costituzionale con sentenza n. 85 del 2013.

Si trattava di un *hard case* in cui, a fronte della interruzione delle attività delle acciaierie ILVA di Taranto, ordinata dal giudice a tutela dell'ambiente e della salute dei lavoratori e dei cittadini si contrapponeva l'esigenza di preservare la continuità di un'attività economica di grande impatto nella società italiana ed europea, soprattutto in considerazione dell'enorme numero di posti di lavoro messi a rischio – in un momento di grave crisi economica – dagli effetti irreversibili dello spegnimento dell'alto forno ordinato dal giudice. La Corte si trovava, dunque, di fronte a due ordini di diritti in conflitto: il diritto alla salute e all'ambiente, da un lato, e diritto al lavoro e all'esercizio delle attività economiche dall'altro.

La Corte ha escluso di poter risolvere la complessa problematica affermando una gerarchia tra i due ordini di valori (una strada, quest'ultima, che sarebbe stata particolarmente difensibile, posto che su un piatto della bilancia si trovavano il bene della vita e della salute i quali, astrattamente parlando, sembrerebbero dotati di una superiorità assiologica rispetto agli interessi economici). La Corte ha escluso di affermare uno dei valori in gioco a scapito degli altri e ha scelto, invece, di seguire la strada del bilanciamento o del contemperamento dei diritti e degli interessi coinvolti, secondo una tecnica ben nota alla maggior parte delle Corti e ampiamente praticata un po' ovunque.

Con una formulazione particolarmente efficace, la Corte costituzionale afferma che:

Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. [...].

Per questo, la Corte ha respinto la prospettazione del giudice *a quo* che mirava, invece ad affermare un primato della salute e dell'ambiente sul lavoro e sulla libertà di iniziativa economica:

Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali.

Al contrario, la Corte ha effettuato un «bilanciamento», ovvero un «contemperamento» dei diritti, di modo da ricomporre sul piano pratico ciò che in astratto si poneva in termini conflittuali, seguendo la logica della pratica concordanza – riecheggiando Alexy – o dell'accomodamento ragionevole, secondo il linguaggio della Corte suprema canadese.

La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La quali-

ficazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale.

In questo, così come in molti altri casi, la Corte costituzionale tende a rifuggere da una logica esclusivista – *aut-aut* – che contrapponga la salute al lavoro, ovvero la vita all’iniziativa economica; essa, invece, mette in campo una logica inclusiva – *et-et* – che mira a preservare contemporaneamente *e* la salute *e* il lavoro, *e* la tutela dell’ambiente *e* l’attività economica dell’impresa. In un passaggio che segue immediatamente quelli sopra citati, la Corte, riprendendo espressioni che abbiamo già incontrato nel caso delle pensioni svizzere, ha ribadito che la tutela dei diritti deve sempre essere «sistemica e non frazionata» ovvero «integrata», enunciando così una tecnica interpretativa e argomentativa che riflette il pluralismo dei valori su cui si basa la Costituzione italiana. Nessun diritto fondamentale in un ordinamento a spiccata vocazione pluralista può essere protetto in termini assoluti, ma – al contrario – è necessariamente soggetto a limiti, per integrarsi con una pluralità di altri diritti e valori, giacché altrimenti si farebbe «tiranno» (è interessante notare che la Corte usa testualmente questa colta terminologia di origine schmittiana), e porterebbe al totale annientamento di uno o più fattori in gioco.

Va da sé che da questa struttura pluralistica degli ordinamenti contemporanei, riconponibile in concreto attraverso le operazioni di bilanciamento giurisdizionale, mediate dal principio di ragionevolezza e proporzionalità, deriva peraltro la possibilità che diversi giudici, posti di fronti a casi simili ponderino in misura diversa i diritti coinvolti, giungendo ad esiti non sempre identici e fra loro sovrapponibili.

3. STRUMENTI E ATTEGGIAMENTI DELLE CORTI DI FRONTE AL CONFLITTO

Nell’illustrare alcuni dei principali fattori generatori di conflitti giurisprudenziali già si è accennato, inevitabilmente, anche alle risposte che le Corti hanno approntato per affrontare le tensioni sottoposte al loro esame. Può essere utile, giunti a questo punto, riepilogare e riordinare gli strumenti incontrati nella precedente disamina, mostrando «la funzione» che ciascuno di essi produce sulla situazione conflittuale.

a) *Convivere con il conflitto*: la dottrina del *margin of appreciation* elaborata dalle Corti europee, e in particolare dalla Corte europea dei diritti dell’uo-

mo, è uno strumento che permette la convivenza tra diversi ordinamenti quando questi risultano ispirati a principi non omogenei e non armonizzati. Questa dottrina ricorre frequentemente nei casi riguardanti questioni eticamente sensibili, ove un consenso fra gli Stati europei non si è ancora formato. Allora la Corte europea, prendendo atto della diversità di risposte offerta da ciascun ordinamento, preserva uno spazio di pluralismo, senza peraltro venir meno al proprio ruolo di garante di uno *standard* minimo di tutela dei diritti in tutti i paesi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

b) *Trasferire il conflitto*: analoga per certi aspetti è la dottrina della discrezionalità del legislatore, che consente alle Corti costituzionali di lasciare al Parlamento la decisione su questioni che non trovano una risposta univoca – «a rime obbligate», direbbe la Corte costituzionale – nel testo costituzionale. A ben vedere, però, questa dottrina sortisce anche un effetto diverso, che è quello di trasferire il conflitto dalla sede giurisdizionale alla sede politica, rimandando ai Parlamenti la responsabilità di trovare proposte di mediazione accettabili e condivise.

c) *Evitare o dissimulare il conflitto*: nella tradizione continentale i giudici non amano smentire una decisione precedente da essi stessi pronunciata o proveniente da altra Corte che abbia su di loro autorità vincolante. Qui può entrare in campo l'arte della distinzione, tipica dei sistemi di *common law*, che consente di riferirsi al precedente senza conformarsi ad esso nel caso specifico. Usando sapientemente la tecnica del *distinguishing* le corti possono circoscrivere la portata di un precedente, ribadendo e mantenendo fermo il principio, ma discostandosene nel caso specifico. Un esempio significativo di questa modalità di evitare il conflitto si ritrova nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, sent. n. 236 del 2011, la quale, confrontandosi con la sentenza della Corte di Strasburgo, *Scoppola c. Italia*, Grande Camera del 17 settembre 2009, ha ritenuto di dover circoscrivere gli effetti di quella pronuncia europea in ordine alla retroattività della *lex mitior*.

d) *Affrontare il conflitto*: solo occasionalmente le Corti affrontano esplicitamente il conflitto. Ad esempio, *l'overruling* non è prassi comune, in particolare non lo è in forma esplicita e apertamente «confessata», anche se talvolta può accadere, come è avvenuto ad esempio nella giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla legittimità costituzionale delle cosiddette «quote rosa» in politica, inizialmente negata con la sentenza n. 422 del 1995 e successivamente riconosciuta con le sentt. 39 del 2005 e n. 49 del 2003.

e) *Gestire il conflitto*: come abbiamo visto le tecniche del bilanciamento dei diritti e il test di proporzionalità si stanno diffondendo ovunque nel mondo. Si tratta di strumenti che permettono alle corti di gestire la difficile convivenza di valori tra loro in tensione, evenienza questa che è particolarmente frequente nelle costituzioni contemporanee ad alta valenza plurale.

f) *Prevenire il conflitto*: infine, nell'ambito dei rapporti intersistemici, le Corti hanno dato prova di grande capacità di collaborazione attraverso lo strumento di raccordo processuale costituito dal rinvio pregiudiziale. Grazie ad un uso sempre più frequente, anche da parte delle Corti costituzionali nazionali, dello strumento attualmente disciplinato dall'art. 267 TFUE, le corti nazionali possono rivolgersi alla Corte di giustizia per richiedere un'interpretazione di una norma europea o un giudizio di validità di un atto dell'UE. Quando fanno ricorso al rinvio pregiudiziale, i giudici nazionali sospendono il processo che si sta svolgendo davanti a loro e poi, una volta intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia, lo riassumono, per poi risolvere il caso utilizzando anche le indicazioni ricevute dalla Corte di giustizia.

Un'analoga previsione è oggi contenuta anche nel Protocollo 16 allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attualmente non ancora in vigore, per consentire una interlocuzione tra corti superiori nazionali e Corte di Strasburgo in relazione all'interpretazione della Convenzione europea.

Entrambe queste previsioni introducono un'istanza cooperativa, collaborativa e dialogica nei rapporti tra corti, capace di disinnescare le ragioni del conflitto, favorendone una composizione armonica. Un'applicazione assai rilevante è costituita dal caso Melloni, relativo al processo celebrato in contumacia, praticato nell'ordinamento italiano, ma considerato costituzionalmente illegittimo per violazione del diritto di difesa in altri ordinamenti, tra cui quello spagnolo. Dovendo applicare la normativa sul mandato di arresto europeo in un caso di condanna in contumacia, il Tribunale costituzionale spagnolo si è rivolto alla Corte di giustizia, la quale ha affermato la prevalenza della normativa sul mandato di arresto con sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, Melloni, e alla quale il Tribunale costituzionale spagnolo ha dato seguito, adeguandosi ai principi da essa affermativi, con la sentenza del 13 febbraio 2014, recurso de amparo 6922/2008, Melloni.

Gli strumenti a disposizione delle corti per affrontare le situazioni di conflitto sono molti, anche se quasi nessuno di essi ha carattere finale, definitivo o risolutivo, perché nei rapporti giurisdizionali, specie quelli che coinvolgono giudici appartenenti a sistemi diversi, non si determina un rapporto gerarchico o di sovra-sottoordinazione, bensì un rapporto «a rete». La strada più promettente, e che di fatto viene più frequentemente percorsa, è allora quella del confronto, del dialogo, della collaborazione e del reciproco adattamento. Intraprendendo una strada così caratterizzata, le puntuali occasioni di scontro e di conflitto si assestano gradualmente fino a ritrovare quella «armonia tra diversi» di cui parlava Valerio Onida². In effetti, il panorama europeo contemporaneo mostra che, ferme restando le possibili e frequenti *incongruenze* tra le singole pronunce giurisprudenziali, della stessa corte o di corti diverse, una

2. V. Onida, 2002.

visione di medio-lungo periodo sulla giurisprudenza evidenzia in molti casi una *convergenza*, o meglio, un movimento convergente degli orientamenti giurisprudenziali. Lo sguardo analitico, caso per caso, sentenza per sentenza, tende a evidenziare i contrasti e le incoerenze; lo sguardo sintetico, che abbia per oggetto le tendenze giurisprudenziali, anziché le singole decisioni, mostra più frequentemente linee di sviluppo comune. Basterebbe pensare agli sviluppi giurisprudenziali dei grandi temi del nostro tempo – libertà religiosa, uguaglianza dei sessi, e altri aspetti connessi alla tutela dei diritti umani – che si stanno evolvendo, proprio per il tramite del lavoro delle corti, verso punti di approdo comune, anche muovendo da culture giuridiche diverse e apparentemente lontanissime. Il conflitto puntuale potenzialmente racchiude in sé i semi di una concordanza giurisprudenziale di lungo termine.

Visto in questa più ampia prospettiva, allora, il tema del conflitto appare meno problematico di quanto possa sembrare a prima vista. Ferme restando le criticità che esso può determinare in relazione alle esigenze di tutela del singolo caso concreto, la dialettica fra le corti può nel lungo termine divenire una risorsa capace di alimentare un benefico dinamismo giurisprudenziale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ONIDA Valerio, 2002, «Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario». *Quaderni costituzionali*, 3: 549-58.
- ROBLES MORCHÓN Gregorio, 2014, «Prospettivismo testuale e principio di relatività sistemica nella teoria comunicazionale del diritto». *Ars Interpretandi*, 1: 83-102.

