

Università della Calabria

Dipartimento di Scienze giuridiche "C. Mortati"

Dottorato di ricerca "Impresa, Stato e Mercato"

XXIV Ciclo

TESI DI DOTTORATO

RAPPORTI TRA ORDINAMENTO INTERNO ED ORDINAMENTO

COMUNITARIO TRA TEORIE E PRASSI SPECIFICHE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/09

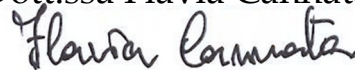
Supervisore

Dott. Walter Nocito



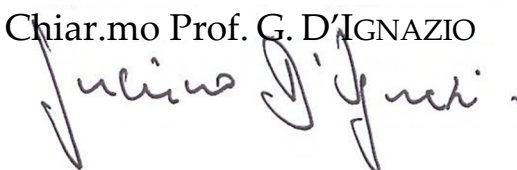
Dottoranda

Dott.ssa Flavia Cannata



Coordinatore

Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



Anno accademico 2010-2011

A mio padre e a mia madre

Indice

PREMESSA	5
CAPITOLO PRIMO	
GLI ORDINAMENTI GIURIDICI E LA NATURA DELLE RELAZIONI	
INTERORDINAMENTALI	11
1.1. Il concetto di ordinamento giuridico	11
1.2. Il normativismo kelseniano	13
1.3. Le interpretazioni del pensiero di Kelsen fornite da Bobbio e Modugno	19
1.4. La polemica antiformalistica e l'istituzionalismo di Santi Romano	23
1.5. La conciliazione delle due visioni. Le teorie di Bobbio, Giannini e Mortati	29
1.6. Il principio del pluralismo giuridico.....	31
1.7. Gli sviluppi del pluralismo giuridico e le formule classificatorie delle tipologie ordinamentali.....	40
1.8. Le indagini sulla natura delle relazioni interordinamentali: monismo e dualismo	44
1.9. Il principio pluralista nella Costituzione italiana	59
1.9.1 Il pluralismo esterno	67
1.9.2 L'accoglimento dell'impostazione dualista nell'ordinamento italiano secondo la dottrina	68
1.9.3 Dualismo e monismo nel dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.....	71
1.9.3.1 Il dialogo tra le Corti e le sentenze degli anni Sessanta.....	74
1.9.3.2 Il dialogo tra le Corti e le sentenze degli anni Settanta.....	86
1.9.3.3 La sentenza n. 170 del 1984.....	98
1.10. Principi inderogabili in ordine agli assetti sovranazionali ed internazionali	105
1.10.1 I controlimiti alle limitazioni di sovranità ex. art. 11 Cost. nell'ottica dei limiti alla revisione costituzionale	106
1.10.2 Accoglimento e superamento delle categorie classiche: la teoria del "Constitutional pluralism"	112

CAPITOLO SECONDO

PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E TUTELA DEI DIRITTI

FONDAMENTALI TRA TEORIA MONISTA E TEORIA DUALISTA	123
2.1. Storicizzazione del principio generale di eguaglianza	123
2.2. Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana	130
2.3. L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	136
2.3.1 Dall'eguaglianza formale all'eguaglianza sostanziale	144
2.4. I diritti inviolabili ed i diritti sociali nell'ordinamento italiano.....	158
2.4.1. Emersione e consolidamento di una dimensione comunitaria di tutela dei diritti fondamentali	164
2.5. Il principio di eguaglianza nell'ordinamento Ue in rapporto all'ordinamento interno.....	170
2.5.1 Due casi emblematici di discriminazione a rovescio e discriminazione indiretta	173
2.6. Le politiche di coesione come strumento applicativo dello Stato sociale europeo	180
2.6.1 Il divieto di discriminazioni sulla base del sesso.....	184
2.6.2 La lettura della Corte di giustizia sul divieto di discriminazioni in base al sesso	185
2.7. Politica economica comunitaria: diritti sociali condizionati?	193

CAPITOLO TERZO

IL SUPERAMENTO DELLE VISIONI TRADIZIONALI DELLE RELAZIONI

INTERORDINAMENTALI: LA SENTENZA 13 NOVEMBRE 2008	197
3.1. Ricostruzione dell'interpretazione costituzionale ex. articoli 36 e 37 Costituzione.....	197
3.1.1 Il diritto ad una retribuzione equa ed adeguata ex. art. 36 Costituzione	198
3.1.2 La legislazione attuativa dell'articolo 37 Cost. e la ratio della previsione di differenti requisiti anagrafici legati al genere ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia	201
3.2. Il criterio dell'età legato al genere ai fini dell'acquisizione del diritto al trattamento di quiescenza nel pubblico impiego.....	213

3.3. Le argomentazioni della Corte di giustizia nella sentenza 13 novembre 2008, C - 46/07: conferme di una giurisprudenza consolidata, elementi di novità e problemi aperti rispetto all'interpretazione costituzionale.....	216
3.4. Conseguenze della giurisprudenza comunitaria: le proposte di revisione della normativa Inpdap	228
3.4.1 La scelta a favore di una graduale parificazione dei parametri di accesso al trattamento di quiescenza per uomini e donne: l'articolo 22 della legge n.102/2009.....	230
3.5 . Criteri e tecniche di risoluzione e revisione dello Stato sociale	235
CONCLUSIONI	257
BIBLIOGRAFIA	277

PREMESSA

La ricerca in oggetto è stata svolta partendo dall'analisi delle principali teorie elaborate dalla dottrina italiana ed europea in riferimento ai caratteri che consentono di qualificare come giuridico un ordinamento.

Si è ritenuto opportuno fondare l'indagine su una solida base di teoria generale del diritto, troppo spesso trascurata dagli studi che riguardano il processo d'integrazione europea. Se in merito non mancano, infatti, validi contributi sviluppati nell'ambito della filosofia del diritto, più difficile è rinvenire uno studio che metta in diretta relazione le teoriche che indagano sulla natura delle relazioni interordinamentali, con l'impiego che di esse è stato fatto a livello strettamente giurisprudenziale dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte di giustizia della UE.

Attraverso un *excursus* basato rispettivamente sulle sentenze e dunque sulle argomentazioni della Corte costituzionale e della Corte di giustizia europea, sono state ripercorse le principali tappe del processo che a partire dagli anni Sessanta, ha condotto verso la crescente integrazione dell'ordinamento italiano con quello comunitario, fino a giungere all'affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto interno, nel presupposto implicito della teoria dei controlimiti.

Osservando la giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria è stato possibile pervenire alla soluzione che ha visto il processo d'integrazione comunitaria modificare in modo pervasivo il sistema nazionale delle fonti.

Tale processo ha dimostrato come, allo stato attuale, sia la prospettiva monista (integrazione-assimilazione) riconducibile al principio gerarchico di soluzione delle antinomie tra fonti confliggenti, che quella dualista basata sul principio di competenza (separazione e coordinamento), non siano in grado di spiegare in modo efficace le relazioni intercorrenti tra ordinamenti interni e ordinamento comunitario. A tal proposito viene condiviso l'approccio del pluralismo costituzionale che superando le teorie classiche, si connota per la spiccata valenza

universalistica ad esso conferita dall'impiego a livello giurisprudenziale delle giustificazioni di secondo livello¹.

A questo punto l'indagine transita dal piano ordinamentale a quello delle fonti di produzione normativa, con l'obiettivo di verificare in che misura gli effetti della progressiva integrazione tra ordinamento interno e ordinamento comunitario abbiano inciso sulla tutela dei diritti fondamentali. Particolare attenzione viene dedicata all'analisi del principio di eguaglianza formale e sostanziale per come rispettivamente inteso nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento dell'Unione Europea.

La scelta è ricaduta su tale principio in quanto è parso costituire un'ottima cartina di tornasole dei rischi di conflitto tra disposizioni normative in materia di diritti fondamentali nella dimensione dell'Unione Europea, nonché, opportuna premessa concettuale alla trattazione del caso di studio in materia di età pensionabile delle donne, preso in considerazione nell'ultimo capitolo.

Tale sentenza è emblematica di come la Corte di giustizia sulla base dei suoi giudicati, richieda agli stati il rispetto di decisioni controverse in materia di principi e diritti. Controverse perché, ogni qual volta due o più diritti o principi fondamentali si trovano a collidere, la Corte di giustizia è chiamata in via unilaterale ad effettuare difficili bilanciamenti tra valori che a livello comunitario hanno portata e significato diverso rispetto a quelli che assumono negli ordinamenti interni. A tale problema si sommano le difficoltà derivanti dalle differenti tradizioni culturali e socio-politiche caratterizzanti i vari ordinamenti dei paesi Ue e la questione per cui le sentenze in materia di violazioni di diritti e principi, finiscono sempre più spesso per esplicitare la propria efficacia vincolante in ambiti che esulano da competenze espressamente comunitarie.

Relativamente al terzo capitolo si è proceduto all'analisi di un caso giurisprudenziale risultato essere significativo sotto il profilo dell'incidenza che le pronunce comunitarie esercitano sui diritti sociali negli ordinamenti interni. Il caso di studio individuato è la sentenza CGCE del 13 novembre 2008: Commissione contro Repubblica italiana. Sulla base di tale giudicato la Corte di giustizia Ue ha richiesto all'Italia di modificare la legge (23 ottobre 1992 n. 421)

¹ Vedere paragrafo 1.10.2 del primo capitolo.

sul regime pensionistico Inpdap nella parte in cui subordina l'accesso al diritto alla pensione a differenti requisiti anagrafici legati al sesso del lavoratore (65 anni per gli uomini e 60 per le donne²). Secondo la Corte tale legge violava il principio comunitario di parità di retribuzione per uomini e donne a parità di lavoro svolto, o per un lavoro di pari valore. L'approccio sviluppato dalla Corte di giustizia in tema di parità retributiva, è stato messo a confronto con le argomentazioni sostenute sullo stesso ambito dalla Corte costituzionale italiana.

Partendo dall'analisi della legislazione attuativa degli articoli 36 e 37 della Costituzione, si è cercato di mettere in evidenza come la giurisprudenza costituzionale legittimante l'accesso al trattamento pensionistico differenziato per requisiti anagrafici e di genere, abbia trovato la sua ragion d'essere nel filone normativo attraverso cui le forze politiche e sociali hanno inteso dare attuazione alla direttiva posta dal principio di eguaglianza sostanziale ex. art. 3.2 Cost.

Siffatte normative sono state, dunque, ritenute dalla Corte costituzionale conformi -pur se in virtù di un'interpretazione che è mutata nel tempo- agli articoli 3 e 37 Costituzione. A tale giudizio di legittimità costituzionale la Corte è giunta sulla base dell'accoglimento di uno specifico giudizio di valore, fondato sull'assunto che la parità tra i generi in materia di lavoro sia un obiettivo da conseguire anche attraverso atti normativi che pongono in essere delle discriminazioni ancorate al genere ed all'età del lavoratore.

Su una linea d'onda nettamente opposta si pone, invece, l'ordinamento dell'Unione Europea. Si pensi, innanzitutto al principio di non discriminazione in base all'età che a partire dal discusso caso Mangold è stato posto dalla Corte di giustizia a fondamento di un recente filone giurisprudenziale destinato con molte probabilità ad arricchirsi negli anni futuri. A tal proposito, nell'ultimo capitolo del lavoro di ricerca si è cercato di porre in essere una riflessione ad ampio raggio sulle futuribili conseguenze che produrrà sul Modello sociale europeo, il progressivo invecchiamento della popolazione congiuntamente ai mutamenti avvenuti nel mercato del lavoro. Ragionando da una prospettiva di analisi europea, è possibile notare, infatti, come la disciplina pensionistica, pur ponendosi al di fuori del dominio delle competenze dell'Unione, in quanto ricadente

² Veniva fatta comunque salva la facoltà di chiedere il proseguimento del rapporto di lavoro fino ai sessantacinque anni.

nell'alveo del Metodo di coordinamento aperto, sia spesso oggetto di pronunce demolitorie da parte dei giudici del Lussemburgo. Facendo leva sulla verifica della conformità delle normative dei paesi membri in materia pensionistica con il principio di parità di retribuzione tra uomo e donna a parità lavoro svolto, la Corte di giustizia incide attraverso le sue pronunce su ambiti che formalmente non rientrano nelle competenze UE, tralasciando le direttive comunitarie in materia, come è possibile constatare nel caso considerato. Da queste premesse sono state ricavate alcune conclusioni: se il contesto che caratterizzava l'Europa degli anni immediatamente successivi alla nascita della Comunità Europea, "richiedeva" agli stati di rinunciare a crescenti porzioni di sovranità per raggiungere *in primis* l'obiettivo del mercato unico e via via le altre finalità stabilite dal trattato, attualmente l'espansione delle competenze comunitarie realizzata per il tramite dei poteri impliciti, del principio di sussidiarietà e dell'attività pretoria della Corte di Giustizia, suscita preoccupazioni. A riprova di ciò sono le sentenze pronunciate in occasione della ratifica del Trattato di Lisbona dalle Corti costituzionali tedesca, ceca, lettone e polacca. Tale giurisprudenza riattualizza il fondamento della teoria dei controlimiti così come formulata in particolare dalle corti costituzionali italiana e tedesca. In assenza di uno strumento normativo per la risoluzione dei conflitti di competenza tra ambiti nazionali ed ambiti dell'Unione, occorre favorire la dialettica tra diritto giurisprudenziale e diritto positivo dell'Unione Europea.

Il caso di studio preso in considerazione ha mostrato, in particolare come in riferimento ad alcuni ambiti 'sensibili' rientranti nella competenza domestica nazionale, sarebbe al contempo necessario colmare il profondo scollamento esistente tra diritto di origine giurisprudenziale e diritto positivo dell'Unione Europea. La questione ci appare particolarmente utile in materia di previdenza sociale, ambito materiale storicamente connesso con le tradizioni giuridiche locali e interferente con la finanza pubblica. La compenetrazione delle politiche economiche generata dall'unificazione delle politiche monetarie e dai controlli sui bilanci pubblici attuati da parte delle autorità europee, non consentono autonome scelte degli stati membri in materia di politiche sociali. Non a caso si rende

auspicabile l'adozione, per il tramite dell'articolo 153 TFUE di regole-principi unificanti le riforme pensionistiche.

In tale prospettiva si ritiene utile l'impiego di tecniche e argomentazioni utilizzate dalla giurisprudenza comunitaria in riferimento a controversie vertenti su ambiti che attengono la protezione e la sicurezza sociale. Ciò in definitiva, consentirebbe di proiettare i risvolti di tale giurisprudenza nell'adozione di un metodo, anziché farli pesare a livello sostanziale.

CAPITOLO PRIMO

GLI ORDINAMENTI GIURIDICI E LA NATURA DELLE RELAZIONI INTERORDINAMENTALI

1.1. IL CONCETTO DI ORDINAMENTO GIURIDICO

Gli ordinamenti sono composti da una miriade di norme che come le stelle in cielo nessuno è mai riuscito a contare.[...] I giuristi si lamentano che sono troppe, ma intanto se ne creano delle nuove, e non si può fare a meno di crearle per soddisfare i bisogni della sempre più varia e intricata vita sociale³.

Nella sua *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Norberto Bobbio non avrebbe potuto scegliere una similitudine migliore per fornire un'idea della dimensione quantitativa delle norme che compongono gli ordinamenti giuridici, nonché delle funzioni che esse sono chiamate ad assolvere.

Nel corso dei secoli il concetto di ordinamento giuridico è stato di volta in volta riempito di differenti contenuti e segnatamente, mentre il significato letterale della parola è rimasto sostanzialmente immutato, da esso sono state ricavate diverse concezioni filosofiche e giuridiche.

Per comprendere il significato dell'espressione "ordinamento giuridico" è necessario analizzare singolarmente i due termini che la compongono: il sostantivo ordinamento e l'aggettivo giuridico. Ordinamento deriva dal latino *ordo* che significa composizione di più parti in sistema e ad esso si riconduce il termine francese *ordre*, il tedesco *ordnung*, e l'inglese *order*. Tuttavia a prescindere da tale valenza che presuppone un giudizio di fatto, questi termini si ricollegano ad un giudizio di valore⁴ identificabile con il fine rispetto a cui

³ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.25.

⁴ Sul ruolo dei giudizi di valore nella formazione di un ordinamento giuridico vedi N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p.204. «[...] Per trarre una regola da una cosa, dobbiamo considerare questa cosa come un mezzo per raggiungere un fine, cioè attribuirle la qualità di valore strumentale; ma questa qualità è attribuibile soltanto in quanto sia presupposto un valore finale, che io non ricavo dalla natura del comportamento, ma da giudizi di valore ulteriori, in

l'ordinamento si pone in tensione e ne costituisce il valore, ovvero, l'ordine in senso proprio⁵.

Nelle dinamiche sociali gli individui tendono a costituire dei gruppi allo scopo di soddisfare la generalità degli interessi condivisi che per loro natura risultano essere meglio perseguibili attraverso il gruppo.

Al contempo, le condotte egoistiche ed irrazionali che gli individui pongono in essere nel perseguimento dei propri obiettivi non di rado producono conflitti. Da qui la vigenza di un principio di confliggenza- composizione di interessi che riesce ad essere superato solo nel momento in cui interviene un principio ordinatore, in grado di disciplinare tale stato di tensione e consentire la sopravvivenza e la convivenza dei consociati.

Affinché sorga un gruppo sociale è quindi necessario che più persone esprimano un principio ordinatore degli interessi individuali- egoistici che valga anche a comporre l'interesse del gruppo con quelli di pari grado, o di grado superiore degli altri gruppi⁶. Tale volontà di comporre gli interessi in conflitto conduce alla nascita del gruppo sociale. Attraverso la definizione di procedure e strutture sociali, in una fase successiva il gruppo si darà un'organizzazione in grado di conferirgli il carattere della stabilità e della continuità nel tempo⁷.

una catena continua di valori finali che diventano strumentali rispetto a valori ulteriori, sino a che si giunge inevitabilmente ai valori ultimi, cioè a valori non ulteriormente riducibili, dai quali poi tutte le cose di cui si compone quel dato sistema normativo traggono il loro valore».

⁵ F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, p.65, ss. Per una visione critica cfr. V. FROSINI, *Ordinamento giuridico (Filosofia del diritto)*, in Enc. dir. XXX, p.642 il quale osserva come l'ordinamento giuridico oltre a riflettere il disordine esistente nella vita sociale, sia esso stesso portatore di disordine. «[...] Il disordine, infatti, non può essere definito come assenza o mancanza di un ordine, ovvero, come la sua negazione, il suo rovescio; esso può risultare da una ridondanza di ordine che si verifica quando vi sono più ordini accumulati nello stesso insieme di dati».

⁶ Gli interessi che sia possibile soddisfare in modo prevalente o esclusivo in forma associata vengono definiti interessi collettivi. «Se poi si ha riguardo all'interesse dell'intero gruppo, considerato come entità a sé stante si avrà l'interesse generale che, per sua natura non è proprio dei singoli associati, ma li trascende». Si può quindi ipotizzare una graduazione di interessi umani che dall'interesse meramente individuale -egoistico giunge attraverso l'interesse individuale-collettivo, sino all'interesse generale che tutti li racchiude e compone. L'interesse-collettivo può divenire antisociale qualora si ponga in contrasto con altri interessi individuali- egoistici, individuali -collettivi o generali. Inoltre gli interessi individuali- collettivi di un gruppo possono porsi in contrasto con eguali interessi di altro gruppo, ovvero, con l'interesse generale. Lo stesso interesse generale può ipotizzarsi in conflitto con un interesse di pari grado eguale e contrario. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 3.

⁷ Secondo l'autore il fenomeno giuridico trae origine da un fatto razionale di composizione di interessi a cui fanno seguito una o più regole che stabilizzano nel tempo tale composizione. T. MARTINES, *Op. ult. cit.*, p.9.

Ordinamento è dunque sinonimo di “insieme di elementi disposti secondo un certo ordine”, ma l’ordine secondo il quale gli elementi sono disposti, quale che esso sia, presenta in sé, una connotazione di carattere puramente valutativo. Da ciò segue inoltre che, per potersi definire giuridico, un ordinamento, debba necessariamente presentare taluni tratti caratteristici. Secondo Modugno la giuridicità può ricondursi alla regolarità del comportamento umano secondo un modello (regola o norma) che costituisce in sostanza, l’anticipazione logica voluta e prospettata del comportamento stesso. La giuridicità si risolve quindi nel suo carattere ordinativo: comportamento ordinato, regolato, disciplinato, conforme alla norma; ovvero misura, schema, regola, norma ordinante⁸.

Se consideriamo l’ordinamento giuridico come sintesi di giudizi di fatto, la ricerca su cosa debba essere inteso per “diritto” conduce alle due storiche e contrapposte concezioni: quella normativista⁹ di matrice kelseniana e quella istituzionista formulata da Santi Romano.

1.2. IL NORMATIVISMO KELSENIANO

Per Hans Kelsen l’ordinamento è costituito da un sistema¹⁰ unitario e gerarchizzato di norme imperative¹¹ tutte riconducibili ad una *Grundnorm* originaria. L’obiettivo a cui Kelsen si sforza di giungere è la formulazione di una

⁸ F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico.*, op. ult. cit. p. 66.

⁹ Vedi N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p.88. «Il normativismo è quella dottrina secondo cui un fatto è giuridico quando è preso in considerazione da una norma giuridica che gli attribuisce determinate conseguenze: è caratteristico della teoria normativa il rinviare il criterio distintivo del diritto dal fatto alla norma, in altre parole dal suo contenuto- per cui ad esempio un fatto può essere economico, sociale, morale- alla sua forma, per cui non può essere che o comandato o proibito o permesso». In particolare per Kelsen ciò che caratterizza il diritto non è questa o quella materia della regolamentazione, ma la forma della regolamentazione, la regolamentazione mediante l’esercizio del potere coattivo. Bobbio fa, tuttavia, notare come formalismo e normativismo debbano essere considerati come due concetti distinti: la prima è una teoria generale del diritto che risponde alla domanda “Qual è la natura del diritto?”, il secondo è un modo di considerare i fenomeni giuridici, un punto di vista sull’attività giuridica.

¹⁰ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 2009, p.3.

¹¹ Per Kelsen le norme sono traducibili in proposizioni prescrittive attraverso cui si esprime un giudizio in termini di dover essere. La norma non è un comando, ma un giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata. Esso può configurarsi come un imperativo, ma in un senso del tutto particolare, in quanto in esso si traduce la doverosità (*Sollen*) di un certo atto o di una certa conseguenza: con il termine *Sollen*, che si traduce con dovere, s’intende non soltanto la prescrizione di un obbligo, ma altresì un permesso o una autorizzazione. Vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p.94-96 e la lettura della concezione kelseniana della norma giuridica fornita da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.12.

teoria del diritto depurata da istanze giusnaturaliste¹² e da forme di interesse per la realtà intesa per come dovrebbe essere¹³. Kelsen elabora una teoria del diritto di stampo neopositivista¹⁴, connotata dal carattere della scientificità e finalizzata alla descrizione del diritto per quello che esso è.

Le varie correnti giusnaturaliste ponevano il diritto naturale come antecedente logico alla creazione e all'applicazione delle regole in quanto discendenti da un'autorità trascendente.

Kelsen rigetta tale linea interpretativa asserendo che qualsiasi forma di analisi scientifica del diritto deve necessariamente prescindere dalla morale: il diritto deve, infatti, essere concepito come una tecnica sociale, un ordinamento del comportamento umano da analizzare prescindendo dai comuni giudizi di valore.

Secondo l'autore accostare il concetto di diritto a quello di giustizia non costituisce altro che un modo per fornire una giustificazione politica ad un determinato ordine sociale. Diritto e giustizia sono due concetti diversi: per diritto deve intendersi il diritto positivo, ovvero, quello posto in essere mediante manifestazioni di volontà. In tal modo sarà possibile formulare una teoria pura del

¹² Norberto Bobbio osserva come, mentre il positivismo giuridico concepisca esclusivamente il diritto positivo, il giusnaturalismo ammette la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo, sostenendo la supremazia del primo sul secondo. Tale superiorità è stata argomentata, per grandi linee, in tre modi che contraddistinguono tre forme tipiche di giusnaturalismo. La prima è data dalla concezione di San Tommaso sul diritto naturale inteso quale insieme di principi etici generalissimi, da cui il legislatore umano deve trarre ispirazione per la formulazione delle regole del diritto positivo. La seconda riconosce al diritto naturale il compito di definire la parte precettiva della regola, quella che attribuisce la qualificazione normativa a un dato comportamento, mentre il diritto positivo definisce la parte punitiva, quella che rende la regola efficace. La terza forma di giusnaturalismo attribuisce al diritto naturale la funzione di dare un fondamento di legittimità al potere del legislatore umano prescrivendo ai sudditi di ubbidire a tutto ciò che il sovrano comanderà. Tale impostazione riflette a giudizio di Bobbio i contenuti della teoria hobbesiana che pone il diritto naturale a fondamento dell'intero ordinamento giuridico positivo. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo...*, p.129-130.

¹³ Bobbio ha osservato come, mentre il giusnaturalismo (nella terza accezione sopra menzionata) attribuisce alla legge naturale la funzione di norma fondamentale del sistema, il positivismo si basa sull'idea che il diritto non si fonda su altro diritto, bensì sul principio di effettività. Kelsen ha tenuto in vita la teoria giusnaturalistica della norma fondamentale, considerandola però un'ipotesi scientifica in riferimento alla quale non si può porre il problema della validità come lo si pone per le altre norme, dal momento che se ne può ammettere l'esistenza solo quando se ne costati l'efficacia. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo...*, p.133.

¹⁴ Bobbio, vede nel positivismo giuridico quella corrente che non ammette la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo e afferma che non esiste altro diritto che il diritto positivo. L'autore indica, inoltre tre aspetti in cui il positivismo si è storicamente presentato 1) come un modo di avvicinarsi allo studio del diritto; 2) come una determinata teoria o concezione del diritto; 3) come una determinata ideologia della giustizia. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p.103-104 e p. 127.

diritto inidonea ad esprimere il carattere più o meno giusto di un ordinamento.

L'ordinamento si pone come obiettivo la regolamentazione dei comportamenti umani allo scopo di soddisfare i bisogni degli individui e procurare a ciascuno felicità, ma quali sono i bisogni che è più importante soddisfare? Qual è il loro ordine di precedenza? Tale decisione presuppone una valutazione di tipo soggettivo a cui si affianca una componente di tipo emotivo che conduce ciascun individuo a considerare come bene supremo un valore piuttosto che un altro. Si tratta di giudizi di valore, ovvero, proposizioni attraverso cui si dichiara che qualcosa costituisce un fine ultimo e che non è di per sé un mezzo rispetto ad un fine ulteriore.

Dalla constatazione circa la molteplicità e la relatività dei giudizi di valore, discende la relatività del concetto di giustizia che non può quindi essere definito una volta per tutte. Ed anche se per ipotesi, un alto numero d'individui, accogliesse all'interno di una data società un medesimo valore, attribuendogli un valore supremo, tale larga condivisione non sarebbe sufficiente a fornire la prova dell'esattezza di un certo fenomeno.

Secondo Kelsen l'analisi di un ordinamento giuridico realizzata sulla base di una scienza del diritto, deve avvalersi di criteri di verifica oggettivi e non di raffronti con ideali irrazionali o di valutazioni sul contenuto intrinseco delle norme. Da qui l'idea per cui, affinché in un ordinamento positivo, un comportamento sia qualificato come giusto, è necessario che esso risulti conforme alla legge¹⁵. Per Kelsen, come anzi detto, il considerare il diritto come diritto positivo, conduce ad una visione dell'ordinamento giuridico quale tecnica sociale finalizzata all'ottenimento di una certa condotta sociale, mediante la minaccia di misure di coercizione indirizzate agli individui che abbiano posto in essere comportamenti contrari a quelli stabiliti dall'ordinamento giuridico. Esistono vari tipi di ordinamenti sociali, pensiamo alla morale o alla religione- nel cui ambito vengono previste delle modalità attraverso cui si mira ad ottenere il rispetto delle norme

¹⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, 2009, p. 6 e p.14 ss. Nell'ambito del diritto positivo il concetto di giustizia si tramuta nel concetto di legalità. La giustizia intesa come legalità, è una qualità che non si riferisce al contenuto di un ordinamento positivo bensì alla sua applicazione. Si tratta di giustizia secondo diritto. Un comportamento è giusto o ingiusto nella misura in cui è giuridico o antiggiuridico, ovvero, corrisponde o meno alla norma che è presupposta valida dal soggetto giudicante, in quanto appartenente ad un ordinamento giuridico positivo.

disciplinanti comportamenti individuali: tutte sono riconducibili al “principio di retribuzione” che consiste nell’ «associare la condotta conforme all’ordinamento stabilito e la condotta contraria ad esso, con un vantaggio promesso o con uno svantaggio minacciato, rispettivamente quali sanzioni»¹⁶. Nella realtà è raro ritrovare ordinamenti nei quali l’obbedienza alle norme venga ottenuta attraverso la promessa di vantaggi, sono invece più diffusi i casi in cui l’ordinamento punisce i comportamenti ritenuti socialmente nocivi attraverso una privazione di beni quali la vita, la salute, la libertà e la proprietà¹⁷. Visto che tali beni vengono sottratti contro la volontà dell’individuo, la sanzione ha il carattere della coercizione¹⁸. Mentre nel diritto naturale la sanzione è una forma di reazione che promana da un’autorità sovraumana, nel diritto positivo è una sanzione giuridica, una reazione del gruppo sociale. Da qui la natura coercitiva del diritto positivo: l’ordinamento giuridico si distingue da tutti gli altri tipi di ordinamenti proprio in quanto ordinamento coercitivo.

Le norme che lo compongono esprimono dei comandi, ovvero, chiedono in forma imperativa che un individuo si comporti in una data maniera, in termini kantiani esse impongono un “dover essere”¹⁹. Tale comando deve promanare da un soggetto a cui l’ordinamento conferisce il potere di produrre un determinato atto attraverso procedure prestabilite²⁰.

¹⁶ In alcuni ordinamenti per fare in modo che le norme vengano osservate, non si fa ricorso al principio di retribuzione. La condotta conforme al diritto è ottenuta attraverso la tecnica della *motivazione diretta*: «L’ordinamento esige una condotta che attrae direttamente gli individui risultando come vantaggiosa», infatti, anche se l’ordinamento non dispone alcuna sanzione (ricompensa/punizione) è la comunità stessa che di fronte ad una violazione reagisce spontaneamente». H. KELSEN, *Teoria generale...*, p.15.

¹⁷ Il diritto è un ordinamento del comportamento umano che mira a tutelare alcune sfere d’interesse individuali ritenute fondamentali, ovvero, la vita, la salute, la libertà la proprietà. Se un individuo interferisce in una di tali sfere, violando le norme dell’ordinamento che le tutelano, pone in essere un atto anti-giuridico contro cui la comunità reagisce attraverso una sanzione, ovvero, una forma d’interferenza coatta nella sfera d’interessi dell’individuo. H. KELSEN, *Teoria generale...*, p.18-24

¹⁸ H. KELSEN, *Teoria generale...*, p.18.

¹⁹ La teoria Kelseniana si interessa delle regole che disciplinano i comportamenti e non dei comportamenti in quanto tali. Questi, rientrando, nella sfera della realtà fattuale, devono essere studiati dalla sociologia, mentre la scienza giuridica si interessa di ciò che deve accadere in quanto prescritto dal diritto positivo. H. KELSEN, *op. ult. cit.*, p.35-37.

²⁰ Secondo Kelsen sono errate le teorie che vedono nel carattere della generalità (possibilità di applicare la norma infinite volte nel tempo) l’elemento che contraddistingue le norme giuridiche da tutti gli altri tipi di norme. Sono norme, sia le leggi dei parlamenti che si applicano *erga omnes*, sia le sentenze dei tribunali che esplicano la loro efficacia esclusivamente *inter partes*. Entrambe soddisfano i requisiti posti dal sistema teorico di Kelsen in quanto dotate di forza vincolante e traenti fondamento da una norma superiore. H. KELSEN, *Teoria generale*, p.37-38.

Tale soggetto è un organo dello stato ed è in ragione di tale autorizzazione che il comando assume la natura di comando vincolante e perciò esercizio di potere legittimo.

Le norme sono delle proposizioni ipotetiche, delle prescrizioni rivolte agli individui che ne subiscono le conseguenze.

Il fondamento della validità²¹ di una norma risulta quindi slegato dalla volontà degli individui e risiede unicamente nella conformità ad un'altra norma che si trova in una posizione di sovra ordinazione rispetto a quella considerata²². Ne viene fuori un sistema normativo gerarchizzato in cui ogni norma trova la propria legittimazione in una norma superiore generando un *regressus* che si arresta solo di fronte alla norma fondamentale²³, la *Grundnorm*²⁴. Mentre il sistema basato sul diritto naturale ha una natura statica, quello fondato sul diritto positivo configurato da Kelsen ha natura dinamica. Nel diritto naturale ciascuna norma particolare viene dedotta da un'altra norma generale mediante semplici e generiche operazioni intellettuali, inoltre, mentre il diritto naturale è statico ed immutabile, dal diritto positivo deriva un sistema dinamico le cui norme hanno natura variabile. Ciò significa che le norme positive, oltre ad essere atti volontari posti in essere dagli uomini, vengono prodotte sulla base di un'operazione intellettuale ben determinata: la *delegazione*. Una delle funzioni principali della

²¹ La validità di una norma è indipendente dall'efficacia della norma stessa: anche se una norma viene violata, continua ugualmente ad esistere. Quindi la validità (in riferimento al singolo atto giuridico) è slegata dal comportamento umano ed anche da presunti significati di natura irrazionale attribuibili al suo contenuto. Il discorso cambia in riferimento all'intero ordinamento positivo.

²² Nell'ambito della teoria kelseniana una norma giuridica è valida se è stata prodotta in conformità alle regole previste dalla norma ad essa gerarchicamente sovraordinata e se appartiene ad un ordinamento efficace nel suo complesso. L'efficacia dell'ordinamento giuridico totale è condizione, non fondamento della validità delle norme che lo compongono.

²³ «Una norma appartiene ad un ordinamento riposante su tale norma fondamentale perché la si è prodotta nel modo determinato dalla norma fondamentale e non perché essa ha un certo contenuto. La norma fondamentale fornisce soltanto il fondamento della validità, non però anche il contenuto delle norme che costituiscono questo sistema. Se ne può determinare il contenuto soltanto mediante atti con cui l'autorità autorizzata dalla norma fondamentale e, a loro volta, le autorità autorizzate da questa prima, statuiscono le norme positive di questo sistema». H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p.221.

²⁴ «La norma fondamentale stessa non è una regola giuridica positiva, non è una legge positiva, perché non è stata emanata, ma è semplicemente presupposta come condizione di tutte le norme giuridiche positive». «L'unità di queste norme è costituita dal fatto che la creazione di una norma- quella inferiore- è determinata da un'altra- quella superiore- la cui creazione è determinata da una norma ancora superiore, e che questo *regressus* ha termine con la norma più alta, quella fondamentale, la quale, essendo il fondamento supremo della validità dell'intero ordinamento, ne costituisce l'unità». H. KELSEN, *Teoria generale...*, e p. 443-444.

norma fondamentale è, infatti, quella di disciplinare i procedimenti attraverso cui appositi organi vengono preposti allo svolgimento della funzione legislativa²⁵. La norma fondamentale è quindi il punto di partenza di un processo dinamico di creazione di norme variabili.

Da qui la concezione dello stato come ordinamento giuridico dinamico nonché sistema di norme il cui fondamento di validità risiede nella norma fondamentale.

Affinché un ordinamento possa dirsi valido è necessario che le sue norme siano state create nel rispetto delle regole stabilite dalla Costituzione e che venga osservato dalla comunità sociale i cui comportamenti reciproci esso tende a regolare.

Si tratta del principio di effettività qui riferito alla norma, ma che più in generale viene impiegato ai fini della qualificazione di un ente come stato inteso quale soggetto di diritto internazionale. Un governo che oltre ad essere sovrano riesce ad fare rispettare il proprio ordinamento giuridico su un certo territorio è uno stato ai fini del diritto internazionale.

Come osservato da attenta dottrina,²⁶ il principio di effettività giunge ad acquistare piena cittadinanza nella scienza giuridica grazie alla formulazione fattane per la prima volta esplicitamente ed autorevolmente da Kelsen²⁷.

Se l'efficacia del singolo ordinamento giuridico costituisse il fondamento della validità delle norme che lo compongono, esso troverebbe la propria *causa causarum* nel suo interno svolgersi, viceversa, Kelsen, ritiene l'efficacia una

²⁵ Kelsen precisa come in un'ottica dinamica sia la funzione legislativa che quella giurisdizionale sono volte alla creazione ed alla applicazione del diritto. La legge è al contempo una forma di produzione normativa, ma rappresenta anche una forma di applicazione di disposizioni costituzionali (quelle sulla produzione di diritto primario); così come le sentenze creano diritto e vengono prodotte in conformità alle leggi che disciplinano le procedure dei vari procedimenti giurisdizionali. H. KELSEN, *Teoria generale...*, e p. 134-139.

²⁶ P. PIOVANI, *Effettività (Principio di)*, Enc. dir., Vol. XIV, Milano, 1965, p. 428. L'autore concentra la sua riflessione sull'idea per cui l'efficacia dell'ordinamento giuridico debba essere considerata condizione, ma non fondamento della validità delle norme che lo compongono.

²⁷ H. KELSEN, *Teoria generale...*, p.120. «L'efficacia dell'intero ordinamento è una condizione necessaria per la validità di ogni norma dell'intero ordinamento. E' una *conditio sine qua non*, ma non una *conditio per quam*. L'efficacia dell'ordinamento giuridico totale è condizione, non fondamento della validità delle norme che lo compongono. Queste sono valide non perché l'ordinamento totale è efficace, bensì perché sono state create in modo costituzionale. Esse sono valide, tuttavia soltanto a condizione che l'ordinamento giuridico totale sia efficace, e cessano di essere valide non soltanto quando vengono abrogate in modo costituzionale, ma anche quando l'ordinamento totale cessa di essere efficace. Non si può quindi sostenere che, giuridicamente, gli uomini devono comportarsi in conformità di una data norma, se l'ordinamento giuridico totale di cui quella norma è parte integrante ha perduto la sua efficacia. Il principio di legittimità e quindi limitato dal principio di effettività».

condizione di applicabilità di una regola del diritto internazionale, il principio di effettività. Tale principio, oltre a determinare la sfera di validità degli ordinamenti giuridici statali costituisce il fondamento della loro validità²⁸. Il principio di effettività è una norma positiva dell'ordinamento giuridico internazionale che concede poi ai padri della Costituzione l'autorità creatrice del diritto. Da qui la conclusione per cui le norme fondamentali²⁹ degli ordinamenti giuridici statali devono essere considerate norme fondamentali solo in senso relativo³⁰.

1.3. LE INTERPRETAZIONI DEL PENSIERO DI KELSEN FORNITE DA BOBBIO E MODUGNO

La concezione gradualistica è stata messa in discussione da diversi autori³¹.

La norma fondamentale viene considerata da una doppia visuale analitica: per un verso essa deve essere letta quale norma in grado di attribuire al potere ultimo, ovvero, il potere costituente la facoltà di produrre norme giuridiche. Posto un ordinamento di norme di diversa provenienza, l'unicità dell'ordinamento postula che le norme che lo compongono siano ridotte ad unità. Questa *reductio ad unum* non può essere compiuta se in cima al sistema non si colloca un'unica norma da cui tutte le altre, direttamente o indirettamente derivano, ponendo si quale

²⁸ P. PIOVANI, *Effettività*, p.427. Piovani osserva, inoltre, come, attraverso tale "artificio logico" Kelsen «Non rinnega apertamente la sua volontà di tenere sempre la realtà dei fatti al di fuori dei puri confini del diritto, in secondo luogo fa atto di omaggio alla teoria monistica del diritto internazionale, riaffermata come prevalenza dell'ordinamento internazionale sul diritto interno».

²⁹ «Le norme fondamentali dei vari ordinamenti giuridici statali sono esse stesse basate su una norma generale dell'ordinamento giuridico internazionale. Se noi concepiamo il diritto internazionale come un ordinamento giuridico, la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico statale non è già un mero presupposto del pensiero giuridico, ma una norma giuridica positiva, una norma di diritto internazionale applicata all'ordinamento giuridico di uno stato concreto». H. KELSEN, *Teoria generale...*, p.123.

³⁰ P. PIOVANI, *Effettività*, p.428. «L'omaggio reso al monismo e la conseguente sopravvalutazione logica del principio di effettività, assunto a criterio generalissimo, finiscono con il compromettere proprio l'ipotesicità della norma fondamentale dell'ordinamento giuridico, che ha tanta rilevanza nell'ordinamento kelseniano». Modugno si spingerà ancora oltre affermando che: «Non è la norma fondamentale del gradualismo la fonte di validità dell'ordinamento giuridico, bensì è *tout court* (l'esistenza-efficacia di) quest'ultimo come tale la fonte della propria validità. [...] Il gradualismo formalistico è però completamente ribaltato e risolto nell'estremo realismo». MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, p.109.

³¹ A mettere in discussione la concezione gradualistica, intesa come l'unica e sola impostazione strutturale che connota l'ordinamento giuridico, interverrà anche Franco Modugno, che contesterà le teorie kelseniane analizzandole dalla prospettiva attraverso cui sono state autorevolmente divulgate in Italia da Norberto Bobbio.

fondamento sottointeso di legittimità di tutto il sistema³².

Per altro verso, alla stessa conclusione è possibile pervenire se si considera la norma fondamentale quale criterio supremo che permette di stabilire l'appartenenza di una norma ad un ordinamento: risalendo di grado in grado all'interno del sistema normativo, essa rappresenta il fondamento di validità di tutte le norme del sistema. Alle domande su quale sia il fondamento di validità³³ della norma fondamentale, si ribatte che la risposta deve essere cercata fuori dal sistema giuridico, ovvero, nello sconfinato ambito delle discussioni che attengono la giustificazione in senso assoluto del potere³⁴.

Secondo altri³⁵ si commette un errore nel considerare il gradualismo come un carattere essenziale dell'ordinamento giuridico: privilegiare o assolutizzare il gradualismo, più e oltre la semplice successione cronologica e la interdipendenza o la indeterminazione delle norme costitutive di un qualsiasi ordinamento giuridico, imporrebbe la riduzione dei rapporti tra le norme, al rapporto così detto di delegazione, che è poi, più precisamente un rapporto (sul piano soggettivo) di delegazione- attribuzione di competenza e sul piano oggettivo di concatenazione produttiva.

Oltre alla delegazione, in ogni ordinamento si rinviene anche il fenomeno della recezione di norme *già fatte, prodotte da ordinamenti diversi e precedenti* qual è ad esempio la consuetudine³⁶. La presenza della consuetudine³⁷ nel sistema delle fonti finirebbe con il rappresentare la maggiore e insuperabile difficoltà della teoria gradualistica. Tra le altre fonti del diritto non riconducibili alla *delegazione* vi è anche l'autonomia privata. Essa consiste in una potestà normativa autonoma che disciplina i rapporti tra privati originando ordinamenti minori dominati

³² N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.51-54.

³³ Per Bobbio la validità è un criterio di valutazione del diritto riconducibile al più generale problema dell'esistenza della regola in quanto tale, ovvero, a cosa debba intendersi per diritto. Per decidere se una norma sia valida bisogna di solito compiere tre operazioni: 1) accertare se l'autorità che la ha emanata aveva il potere legittimo di emanare norme giuridiche, 2) accertare se non sia stata abrogata, 3) accertare se non sia incompatibile con altre norme del sistema (abrogazione implicita). N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.36 ss.

³⁴ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento*, p. 51 ss.

³⁵ F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, p.97, ss.

³⁶ Nel sostenere tale posizione, Modugno richiama le osservazioni di Bobbio sulla consuetudine quale fonte delegata. Cfr. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p.27 ss.

³⁷ «Essa, è, infatti, refrattaria ad assumere un grado, un posto determinato nella così detta gerarchia delle fonti, è una fonte senza grado». F. MODUGNO, *op. ult. cit.* p.97-98.

dall'ordinamento statale, ma da esso in notevole misura indipendenti, in quanto costituiti da regole di condotta non prodotte dai pubblici poteri³⁸.

Altra sferzante accusa rivolta al gradualismo è quella di sconfinare nel formalismo produttivo, laddove mescola nel concetto di validità, sia il carattere della validità intesa come legittimità (conformità alle norma superiore) che la validità-esistenza (appartenenza della norma al sistema giuridico)³⁹.

Dal momento che il contenuto della norma superiore può consistere nella disciplina anche totale e non già soltanto parziale, del contenuto della inferiore, la difformità o non conformità di quest'ultima rispetto all'altra dovrebbe condurre alla invalidità-inesistenza con conseguente inefficacia-inapplicabilità della norma inferiore difforme. Il fatto che una norma sia stata prodotta dai soggetti o organi autorizzati a porla in essere, costituisce una condizione sufficiente a garantirne l'esistenza e l'appartenenza al sistema, mentre la sua eventuale contemporanea illegittimità (difformità di contenuto) non viene tenuta in considerazione ai fini di un'eventuale annullamento. In tal modo il gradualismo finisce con il tutelare la legittimità formale della norma disinteressandosi dei suoi profili sostanziali.

Tuttavia, si deve sottolineare come nella polemica antiformalistica sia confluita una variegata gamma di concetti. Di contro, in ragione della molteplicità di contenuti che il formalismo giuridico è venuto ad assumere nel corso degli anni, sarebbe opportuno, come osservato da autorevole dottrina,⁴⁰ specificare *in primis*

³⁸ Al gradualismo viene contestato inoltre, il fatto di prevedere come contenuto minimo della norma superiore rispetto all'inferiore, sempre e solo una delegazione/attribuzione di competenza. Tale impostazione non tiene conto delle norme che disciplinano materie ad esse riservate. «Tutte le riserve di determinati tipi di atti normativi non consentono né la legittima disciplina della materia da parte di altre fonti, né la possibilità che le fonti riservate possano a loro volta rinviare o delegare la disciplina ad altre fonti». F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico*. p.99.

³⁹ F. MODUGNO, *op. ult. cit.* p.99-102.

⁴⁰ Bobbio, osserva come sotto il generico nome di *formalismo giuridico* sia possibile individuare tre diverse teorie che egli definisce come: formalismo etico, giuridico e scientifico. La prima ritiene giusto ciò che è conforme alla legge, e in quanto tale respinge ogni criterio di giustizia che stia al di sopra delle leggi positive ed in base al quale le leggi positive possano essere valutate. Il formalismo giuridico comprende quella dottrina secondo cui la caratteristica del diritto non è quella di prescrivere ciò che ciascuno deve fare, ma semplicemente quella di indicare il modo con cui ciascuno deve agire se vuole raggiungere i propri scopi. In tal senso è compito del diritto non già stabilire il contenuto del rapporto intersoggettivo, ma la forma che esso deve assumere per produrre determinate conseguenze. Il formalismo scientifico, invece, attribuisce al giurista il compito di costruire il sistema dei concetti giuridici quali si ricavano dalle leggi, riconoscendo a tale attività una natura di tipo dichiarativo o ricognitivo e non creativo, così da ricavare deduttivamente dal sistema la soluzione di tutti i possibili casi controversi. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 73 ss.

a quale significato ci si riferisce, quando si utilizza tale espressione, specie qualora si sostengano posizioni critiche in merito.

Nell'ambito della costruzione gradualistica uno degli elementi che ha suscitato maggiori perplessità, è stata proprio la norma fondamentale, da alcuni definita come "inconcepibile e intrinsecamente contraddittoria". Non essendo posta, la norma fondamentale non può essere ritenuta valida, la validità risultando dalla conformità o non difformità da altra norma superiore⁴¹.

Tale prospettiva analitica conduce al rifiuto del grado della norma fondamentale e della distinzione tra ordinamenti statici ed ordinamenti dinamici, fino ad accogliere un'impostazione basata su un sistema dualistico composto da due necessari gradi di norme: le norme sulla normazione e le norme che costituiscono propriamente la normazione di un ordinamento giuridico e permettono di fornire una qualificazione di oggetti (istituti, stati di cose, situazioni, comportamenti, azioni) non normativi⁴².

A loro volta le norme sulla produzione sono tali non già in virtù di un'antecedente qualificazione normativa, bensì per il fatto stesso che i fatti⁴³ e gli atti effettivamente normativi le presuppongono e le implicano. La normatività di un fatto o di un atto è espressione della volontà umana che li riconosce, li ispira o li pone in essere. E da qui ancora l'idea secondo cui l'unità dell'ordinamento

⁴¹ Così F. MODUGNO, *op. ult. cit.* p.102-110. In merito, si consideri anche l'autorevole critica mortatiana alla norma "base" che «Non può essere costruita secondo una logica astratta, bensì sulla base dell'osservazione concreta che deve offrire gli elementi necessari, da una parte a conferirle effettività, quale deriva dalla normale ottemperanza ad essa da parte dei soggetti, dall'altra a farne desumere in modo concreto il contenuto tipico; contenuto che non può esaurirsi nella pura predeterminazione di carattere formale, come ritiene il Kelsen, ma deve includere elementi attinenti al modo di essere dell'agire statale, se è vero che la funzione di ogni singolo stato non si esaurisce nell'assicurare un ordine purchessia, ma tende a realizzare un particolare tipo di ordine, conforme alle ideologie, ai valori agli interessi che sono considerati fondamentali per esso. Si rende pertanto necessario ricercare l'elemento che sottostà all'insieme dei rapporti interni all'ordinamento, coordinandoli attorno ai valori fondamentali e garantendone l'effettiva validità e continuità». C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.24 ss.

⁴² F. MODUGNO, *op. ult. cit.* p.105-106.

⁴³ Qui Modugno riprende la definizione Mortatiana di fatto normativo: «Così detto in quanto non disciplinato da fonti formali». Richiamando il pensiero dell'ORESTANO (Cfr. *I fatti di normazione nell'esperienza romano-arcaica*, Torino, 1967, p.28) il Mortati considera "fatti normativi" quelli ai quali: «Al di fuori di una preventiva posizione di norme regolatrici, valgono, in virtù del loro realizzarsi e stabilirsi, a istaurare o modificare un ordinamento giuridico nel suo insieme o in singole strutture ponendosi essi stessi fattori determinanti della propria legittimità ed efficacia». C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.30-31 e p.313.

giuridico nel suo aspetto normativo *può*⁴⁴ risultare dalla connessione e correlazione delle norme che lo compongono indipendentemente dalla ipostatizzazione di una norma fondamentale dalla quale esse deriverebbero.

1.4. LA POLEMICA ANTIFORMALISTICA E L'ISTITUZIONALISMO DI SANTI ROMANO

La polemica antiformalistica che divampò sul finire dell'Ottocento mise fortemente in discussione la concezione normativista dell'ordinamento giuridico⁴⁵ generando al contempo nuove teorie volte a cogliere il momento costitutivo dell'esperienza giuridica nella realtà sociale.⁴⁶ In Italia le teorie istituzionalistiche formulate da Santi Romano segnano un momento di aperta rottura con il normativismo di stampo kelseniano. A giudizio del Romano, le impostazioni dottrinarie che concepiscono il diritto come norma,⁴⁷ ovvero, come regola di condotta, risultano essere inadeguate e insufficienti perché trascurano altri aspetti che logicamente e storicamente precedono la creazione della norma stessa. Per tale motivo è, quindi necessario metterle in discussione partendo dall'analizzare il significato linguistico del termine diritto. Mentre appare corretto parlare di diritto per indicare singole norme o una pluralità di norme volte alla disciplina di ambiti differenti o provenienti dalla medesima fonte, diversamente, ricorrere alla stessa parola per riferirsi all'ordinamento giuridico vigente in un determinato momento

⁴⁴ «Se dunque l'unità dell'ordinamento giuridico non si realizza *a priori* come derivazione delle singole norme da un'unica norma fondamentale presupposta, ma come possibilità e, anzi, necessità della connessione e composizione, a posteriori, delle norme effettivamente e distintamente prodotte, in virtù di diverse ed anche non predeterminate fonti normative in un unico insieme che è l'ordinamento, quest'ultimo non può essere concepito come un fatto immoto e per così dire anticipato, dato nella sua compattezza e staticità, ma come un divenire, un fieri, un accrescersi e concretere in sé, un processo che si arricchisce via via, di tutti gli apporti normativi, di tutta la produzione di norme che, conformemente o difformemente dalle norme sulla formazione espressamente poste, riescano ad effettivamente imporsi nello stesso contesto storico-sociale». F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico.*, p.117 ss.

⁴⁵ G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1994, p.345 ss.

⁴⁶ In merito al concetto di realismo giuridico, Bobbio ha efficacemente osservato come: «Il diritto si forma e si trasforma nelle azioni degli uomini che fanno e dis fanno con il loro comportamento le regole di condotta che li governano». N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica...*, p.60.

⁴⁷ Mentre in italiano per *norma* s'intende in via generale una regola di condotta, nella letteratura tedesca la parola *norm* significa comando o divieto, così che il diritto assume il connotato della imperatività.

storico, all'interno di un dato paese⁴⁸ risulta eccessivamente riduttivo⁴⁹.

Per definire la natura dell'ordinamento giuridico non basta considerare esclusivamente le singole parti che lo compongono. L'ordinamento non è una sommatoria aritmetica di norme, ma un'unità concreta e a sé stante, a cui non si perviene attraverso procedimenti di astrazione. Oltre alle raccolte ufficiali degli atti normativi, nel concetto di ordinamento giuridico, deve essere ricompresa anche l'organizzazione che uno stato si dà e i rapporti di forza che s'istaurano nell'agone politico, inquadrati alla luce di un determinato sistema normativo di riferimento⁵⁰.

Per comprendere il significato del concetto di ordinamento giuridico, secondo Romano è necessario *in primis* passare in rassegna alcuni dei caratteri a cui la dottrina prevalente ha attribuito un rilievo fondamentale. Si tratta di caratteri formali che in quanto tali, pur se instradano verso la comprensione del fenomeno ordinamentale, non permettono di afferrarne l'essenza e necessitano d'essere diversamente interpretati. Il primo carattere è dato dall'obiettività del diritto.

Se consideriamo un insieme di individui in riferimento ad un certo arco spazio-temporale vedremo come essi tendano, nell'ambito di tale contesto a collaborare ed a riconoscersi tra loro come soci. Altrettanto probabile sarà l'insorgere di divergenze e contese che porrà la necessità dell'intervento di una *coscienza superiore*, in grado di assicurare la coesistenza pacifica all'interno della comunità e svolgere una funzione di mediazione nella soluzione dei conflitti. Tale funzione viene svolta dal diritto oggettivo che può al contempo essere considerato come *io sociale*. Il carattere dell'obiettività è assicurato dall'impersonalità del potere che elabora la regola e la fissa collocandosi su una posizione che trascende gli individui. L'obiettività, inoltre, non si esaurisce nelle norme, ma trae origine da un momento logicamente e materialmente anteriore ad esse. Il secondo carattere è quello della sanzione. Secondo la dottrina dominante⁵¹ la sanzione, variamente

⁴⁸ Nel senso di diritto francese, italiano, etc.

⁴⁹ Spesso, secondo Romano, quando si devono qualificare in modo preciso concetti che si riferiscono ad idee molto astratte, si finisce per commettere l'errore di usare una stessa parola per qualificare fenomeni differenti.

⁵⁰ Quadro che però non può essere considerato quale unico elemento sufficiente a spiegare il funzionamento di quel sistema.

⁵¹ R. V. JHERING, *Das zweck im recht*, Leipzig 1893, I, p.435 ss. Vedi anche la traduzione italiana a cura di M. G. LOSANO, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972.

intesa come punizione o incentivo previsto da una norma, dovrebbe, infatti, essere considerata un elemento costitutivo del diritto. Più precisamente: « Un precetto sarebbe giuridico solo quando ad esso se ne aggiunge un altro che, concedendo un diritto di coazione, protegga il diritto creato dal primo»⁵². Ragionando da questa prospettiva, ogni norma, per ottenere il crisma della giuridicità avrebbe bisogno di un'altra norma che vada a stabilire l'eventuale sanzione da infliggere nell'ipotesi di violazione. Si tratterebbe di un processo che, spinto a ritroso, condurrebbe fino all'estrema conseguenza di risalire ad un precetto base privo di sanzione ed in quanto tale non giuridico. Secondo Romano non è necessario che la norma sia resa coattiva da una sanzione, è sufficiente che essa venga garantita in via generica dall'ordinamento nel suo complesso, e quindi organizzata e preordinata, senza per questo dare necessariamente vita ad un diritto soggettivo⁵³. Secondo l'autore elementi essenziali del diritto sono:

- 1) la società intesa quale concetto strettamente correlato a quello di diritto (*ubi societas ibi ius, ubi ius ibi societas*);
- 2) l'ordine sociale, quale ordine non generato da norme giuridiche disciplinanti i rapporti sociali, ma che si impone nel momento in cui la società si organizza, dotandosi di una propria struttura che ne fa un ente unitario, un'istituzione⁵⁴. Da qui l'idea per cui ogni ordinamento giuridico è un'istituzione ed ogni istituzione è un ordinamento giuridico. Per diritto in senso obiettivo deve essere intesa l'istituzione: i precetti vigenti nel suo interno si dicono istituzionali ed è in questa loro natura che deve

⁵² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p.23.

⁵³ ROMANO, cit., p.22-23.

⁵⁴ Romano sosterrà esplicitamente che il fondamento di validità di un ordinamento deve essere ricercato nel suo necessario esistere. «Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo. [...] Il problema della legittimazione non consiste nel cercare in che modo un ordinamento costituzionale diventi conforme al diritto, ma nell'esaminare quando esso effettivamente esista. [...] Esistente e, per conseguenza legittimo, è solamente quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale, ma altresì la vitalità. La trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali. Il segno esteriore se si vuole, ma sicuro, che questa corrispondenza effettivamente esista, [...] si rinviene nella suscettibilità di un nuovo regime ad acquistare stabilità, a perpetuarsi per un tempo indefinito». S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, Scritti minori a cura di Zanobini, I, Milano 1950, p.146 ss. Cfr. anche P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, Enc. dir., vol. XIV, Milano, 1965, p. 428 e C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano 1990, p.34 ss.

rintracciarsi il fondamento della loro giuridicità⁵⁵.

Prima d'espone la sua concezione dell'istituzione, Romano passa brevemente in rassegna alcune tesi dottrinarie che hanno condotto a differenti declinazioni di tale concetto. La teoria che più si avvicina al pensiero di Romano, è quella formulata da Hauriou⁵⁶ a cui va riconosciuto il merito di avere sviluppato una formulazione più ampia del concetto di istituzione. Per Hauriou l'istituzione è un'organizzazione sociale composta da cose inerti, (ad esempio un fondo), oppure da persone (istituzioni corporative). Secondo l'autore, in un sistema giuridico, devono essere prese in considerazione solo queste ultime, in quanto persone giuridiche dotate di autonomia e formanti un ente distinto dagli individui che lo compongono. Tali enti devono aver raggiunto un certo livello di sviluppo e perfezione così da essere in grado di generare norme giuridiche⁵⁷. Secondo Romano, invece, devono essere incluse nell'ordinamento giuridico tutte le istituzioni che hanno esistenza propria e godono di un certo grado di autonomia, quindi non solo quelle aventi natura corporativa. E', inoltre, sbagliato limitarsi a considerare come istituzioni, esclusivamente quegli enti organizzati sotto forma costituzionale e rappresentativa⁵⁸ che Hauriou ritiene produttivi di norme giuridiche. Secondo Romano, invece, l'istituzione non produce diritto, ma è essa stessa diritto, inteso nel significato di ordinamento giuridico, insieme di norme giuridiche considerate nel loro complesso. Per Romano l'istituzione è un corpo sociale, un ente dotato di esistenza obiettiva e concreta, ovvero, di un'individualità esteriore e visibile⁵⁹. L'autore definisce l'istituzione *corpo sociale* in quanto in essa intravede una manifestazione della natura sociale dell'uomo. L'istituzione può essere formata da persone, esseri inanimati o anche da mezzi materiali, immateriali, patrimoniali, destinati all'ottenimento di un certo

⁵⁵ E non quindi nel fatto che il precetto sia collegato ad una certa sanzione (diritto come comando imperativo) o ad una norma (diritto come regola di condotta). S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p.25-27.

⁵⁶ M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967.

⁵⁷ Costituiscono, infatti, fonti originarie di diritto.

⁵⁸ A giudizio di Romano tale impostazione sarebbe troppo influenzata da quella che allora era vista come l'organizzazione della massima istituzione esistente, ovvero, lo stato. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p.33.

⁵⁹ La personalità giuridica non è un elemento essenziale dell'istituzione. Più precisamente Romano ritiene che le persone giuridiche siano una specie del più ampio genere istituzione.

fine che andrà a vantaggio di persone estranee all'istituzione⁶⁰.

L'istituzione è un ente chiuso dotato di una propria individualità, ma che al contempo può entrare in relazione con altre istituzioni divenendone parte integrante. Lo Stato costituisce ad esempio un'entità a sé stante, un'istituzione, che a sua volta è possibile ricomprendere in un'altra istituzione complessa che è la comunità internazionale⁶¹. Se invece guardiamo allo Stato da una prospettiva interna, in esso è ricompresa una vasta gamma di istituzioni come i comuni, le province ma anche le scuole, le accademie etc.

Si distingue poi tra istituzioni perfette, ovvero, fornite di tutti i mezzi necessari al perseguimento dei propri scopi, ed istituzioni imperfette, ovvero, connotate dalla mancanza di tali mezzi e quindi costrette ad appoggiarsi, ad altre istituzioni per potere agire⁶². Da qui è possibile comprendere quanto variegata possa essere la natura dei rapporti che intercorrono tra le varie istituzioni: in particolare questi possono essere di coordinazione, di subordinazione o di netta antitesi.

E' il caso della associazioni a delinquere: il loro operare per il conseguimento di finalità ritenute illecite⁶³ da un certo ordinamento, le pone in una posizione antitetica rispetto ad esso, ma non per questo le priva della qualificazione di istituzioni in senso assoluto⁶⁴. Esse sono, infatti, dotate di una struttura interna basata su un articolato complesso di norme che ne disciplinano il funzionamento.

L'istituzione per eccellenza, che è al contempo un'organizzazione sociale, è lo Stato inteso come ordinamento giuridico. Nel momento in cui prende forma una

⁶⁰ Essa va poi intesa come un'unità permanente che non perde la sua identità al mutare delle persone che ne fanno parte, né del suo patrimonio o delle sue norme.

⁶¹ Nonostante non sia dotato di organi e non abbia né un'organizzazione e né una personalità giuridica, l'ordinamento internazionale costituisce un'istituzione che nasce nel momento in cui prende vita la comunità internazionale. Essa è formata dall'insieme di stati che instaurano tra loro relazioni diplomatiche su un piano di parità e indipendenza, stipulano accordi e interagiscono producendo unanimi manifestazioni di volontà.

⁶² O in alcuni casi, anche per potere esistere.

⁶³ Secondo Romano è antiggiuridico solo ciò che non ha un'organizzazione sociale.

⁶⁴ «[...]Sotto la minaccia delle leggi statali vivono nell'ombra associazioni, la cui organizzazione si direbbe quasi analoga a quella dello stato: hanno autorità legislative ed esecutive, tribunali che dirimono controversie e puniscono, agenti che eseguono inesorabilmente le punizioni, statuti elaborati e precisi come le leggi statuali. Esse dunque realizzano un proprio ordine, come lo stato e le istituzioni statualmente lecite. Il negare a tale ordine il carattere della giuridicità non può essere che la conseguenza di un apprezzamento etico, in quanto siffatti enti sono spesso delittuosi e immorali». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p.43-46.

determinata organizzazione sociale,⁶⁵ prende forma l'istituzione e quindi il diritto, che Romano definisce come *principio vitale*,⁶⁶ in grado di animare e tenere in vita i vari elementi che la compongono. Il diritto non è un fine dello stato, è un suo presupposto, la sua esistenza costituisce, infatti, una condizione necessaria affinché lo stato possa perseguire altri fini.

Secondo Romano l'origine dello stato non risiede in una norma ad esso preesistente, ma in un fatto creativo dell'organizzazione sociale che fra le sue tante manifestazioni, pone la norma giuridica.⁶⁷

L'istituzione non può nascere sulla base di un rapporto giuridico, ad esempio sulla base di una relazione che viene ad instaurarsi tra due persone fisiche, a meno che queste non vadano a costituire una nuova individualità.

Se ad esempio una coppia decide di sposarsi e formare una famiglia, allora in quel caso prende corpo un'istituzione, ovvero, un'entità organizzata sulla base del diritto statale che persegue degli scopi e forma un'unità continua. Dunque, mentre un rapporto risulta essere un *avvicinamento più o meno transitorio di più enti*, l'istituzione è un rapporto in cui *a causa di forze interne o esterne, i suoi termini stessi rimangono modificati e stabilmente collegati in una posizione organica, cioè come membri di un'entità a sé*⁶⁸.

Mentre una persona fisica o un rapporto giuridico non possono costituire un'istituzione, tale principio non si applica alla persona giuridica. Questa va intesa come ente dotato di un ordinamento interno e di una propria volontà, nel senso che la volontà manifestata da alcuni dei suoi membri o organi, nel rispetto delle

⁶⁵ L'istituzione nasce come ente giuridico organizzato socialmente che in un secondo momento pone in essere norme giuridiche.

⁶⁶ In tempi successivi Mortati approfondirà tale impostazione dottrinale rinvenendo nel principio vitale a cui Romano fa riferimento, la costituzione dell'ordinamento statale. «A questo principio si può dare il nome di "costituzione", che bene esprime i caratteri essenziali inerenti ad un soggetto o ad un ente, che giovano a conferirgli una sua propria individualità, a dirigerne le singole manifestazioni raccogliendole in unità.[..] Lo stato non ha una costituzione ma è costituzione, si riassume in essa; sicché ad essa bisogna riferirsi come criterio di riconoscimento per giudicare della rilevanza per l'ente di rapporti o comportamenti, per effettuarne giudizi di conformità o difformità dai fini dell'istituzione, per far valere le garanzie necessarie alla sua conservazione.» C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.24 ss.

⁶⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p. 50-51.

⁶⁸ «Da un negozio giuridico non può derivare un'istituzione, ovvero, diritto obiettivo, poiché un negozio crea rapporti giuridici, produce norme ma non è in grado di porre in essere un'organizzazione sociale». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p.70.

forme e dei fini che impone la sua struttura, costituisce volontà dell'istituzione medesima.

1.5. LA CONCILIAZIONE DELLE DUE VISIONI. LE TEORIE DI BOBBIO, GIANNINI E MORTATI

Nel corso degli anni, la linea di demarcazione che separava il normativismo dall'istituzionalismo, tende via via ad assottigliarsi. Autorevole dottrina (Bobbio, Giannini, Mortati) si propone di conciliare le due teorie attraverso la formulazione di una terza, che fa uso di taluni elementi delle due tesi. Norberto Bobbio osserva come, se è vero che il concetto di organizzazione, significa distribuzione di compiti finalizzata a che ciascuno concorra secondo le proprie capacità e competenze al raggiungimento del fine comune, tale distribuzione può essere compiuta solo mediante regole di condotta. In particolare il processo di istituzionalizzazione che trasforma un gruppo inorganico in un gruppo organizzato, ovvero, in un ordinamento giuridico, comporta la fissazione dei fini a cui l'istituzione dovrà tendere, l'individuazione dei mezzi per raggiungerli, nonché l'attribuzione di funzioni specifiche ai singoli componenti del gruppo affinché ciascuno collabori al perseguimento del fine comune. A giudizio dell'autore, l'esistenza di un gruppo organizzato presuppone un sistema di regole di condotta che hanno dato vita a quell'organizzazione. In tal modo la teoria dell'istituzione non esclude, bensì include la teoria normativa del diritto⁶⁹. A condividere questa tesi è anche Massimo Saverio Giannini il quale sottolinea come se da un lato la produzione normativa non basta a creare un'istituzione, è altrettanto vero che un'istituzione non può essere creata senza una produzione di regole. La conclusione a cui l'autore perviene è che il fenomeno originario, anche se non esclusivo per la costituzione di un'istituzione, consiste nella produzione

⁶⁹ Secondo Bobbio, il grande merito della teoria dell'istituzione è stato quello di avere fatto comprendere come il diritto non sia norma, ma insieme coordinato di norme: in tal senso la teoria generale del diritto si è evoluta da teoria della norma a teoria dell'ordinamento giuridico ed ha spinto i teorici a focalizzare le loro analisi sui problemi connessi alla formazione, coordinazione ed integrazione del sistema normativo. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.22-23.

normativa⁷⁰. Anche il Mortati, pur accogliendo la concezione⁷¹ istituzionale dell'ordinamento giuridico e ponendola a fondamento della sua teoria della costituzione materiale⁷², ritiene che il termine della fattuale *normalità* non rinneghi quello della *normatività*, ma lo vada anzi ad integrare, essendo la normatività un carattere essenziale del diritto⁷³.

⁷⁰Ogni ordinamento giuridico è costituito da tre livelli: la normazione, l'istituzione (o organizzazione) e la plurisoggettività. M.S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, Riv. trim. dir. pubb, 1958, p. 455 ss e dello stesso autore *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, Roma, 1956, p. 219 ss.

⁷¹ Nella visione di Mortati, elementi sufficienti e necessari per la produzione del fenomeno giuridico nel campo dei rapporti sociali sono: 1) la presenza di un gruppo di soggetti legati da interessi comuni richiedenti la cooperazione o per lo meno la coordinazione di quelle attività dei singoli che risultino rilevanti al fine della soddisfazione degli interessi stessi; 2) i canoni per la valutazione dei comportamenti dei soggetti, necessari per potere attribuire loro le qualificazioni richieste dalle esigenze del sistema; 3) il complesso dei rapporti concreti che nascono per effetto dell'interazione dei soggetti (fra loro e con l'autorità), qualificati dai canoni predetti, nonché il complesso delle situazioni (attive, passive, di potere, dovere, pretesa, obbligo) nascenti per i singoli dai rapporti medesimi; 4) un'autorità sociale operante quale potere attivo del gruppo rivolto a dichiararne e ad attuarne la volontà 5) l'insieme dei mezzi di cui l'autorità si avvale per la tutela dell'ordine. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p. 5-6.

⁷² Si tratta di una raffigurazione della Costituzione che pone in stretta connessione la società e lo stato. La società per Mortati deve essere intesa come entità dotata di una propria struttura in quanto ordinata secondo un particolare assetto in cui confluiscono, accanto ad un sistema di rapporti economici, fattori vari di matrice religiosa, culturale etc. Essa trova espressione in una particolare visione politica, ovvero, in un determinato modo d'intendere il bene comune, sostenuto da un insieme di forze collettive che siano portatrici della visione stessa e riescano a farla prevalere dando vita a rapporti di sovra e sotto ordinazione cioè ad un vero assetto fondamentale che può essere definito "costituzione materiale" per distinguerlo dalla costituzione formale (conferimento di una specifica forma, consistente nella raccolta in uno o più documenti scritti, delle norme che si intendono collocare al vertice della gerarchia delle fonti). C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.30-31 e C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.

⁷³ Mortati sostiene che funzione tipica di un gruppo ordinato giuridicamente sia la produzione del diritto. Tale funzione si realizza in due distinti momenti: il primo consiste nella preconstituzione dell'ordine normativo, il secondo nella concreta qualificazione e nella concreta garanzia dei particolari specifici comportamenti e rapporti posti in essere dai membri del gruppo, nell'ambito dell'ordine normativo predetto. Fatte queste premesse, Mortati precisa poi come l'elemento normativo a cui si riferisce non riguarda qualsiasi regola disciplinante gli interessi del gruppo in questione, bensì solo quelle che sono strumentali al perseguimento dei fini fondamentali che caratterizzano ogni singolo ordinamento e ne costituiscono la ragion d'essere. L'altra condizione necessaria a conferire valore giuridico alle norme è data dalla capacità in loro insita di essere osservate da coloro a cui si dirigono, così da ottenerne un'obbedienza media. Se venisse meno quest'ultimo requisito le norme non riuscirebbero ad esercitare la funzione ordinatrice che sono chiamate ad assolvere. «L'autorità può considerarsi tale non per il solo possesso di un astratto potere d'imperio ad essa conferito, ma per l'osservanza che di fatto i suoi comandi riescano a conseguire, ed in quanto l'assetto che così viene a costituirsi sia rivestito di caratteri tali da farne presumere la persistenza nel tempo.» C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.7-8. Mortati critica il formalismo di stampo kelseniano attaccando in particolare la norma fondamentale intesa come postulato logico di un ordinamento giuridico sempre uguale a se stesso (fintanto che non vengono modificate le forme di manifestazione del potere normativo promananti dall'organo supremo).

1.6. IL PRINCIPIO DEL PLURALISMO GIURIDICO

Alla concezione istituzionalistica dell'ordinamento giuridico deve essere riconosciuto il merito di avere spezzato il cerchio chiuso della teoria statualistica del diritto, che considerava come diritto, soltanto il diritto statale e ambito di applicazione del diritto solo l'ambito dello stato⁷⁴.

L'istituzionalismo agì efficacemente nello scuotere il dogma della statualità del diritto, caposaldo del positivismo giuridico ottocentesco derivato storicamente dal carattere accentratore dello Stato moderno e in particolare napoleonico. Al contempo, l'istituzionalismo rafforzò quel principio della pluralità degli ordinamenti giuridici che aveva radici antichissime e che all'inizio del Novecento aveva ripreso vigore per opera della sociologia da una parte, e dell'idealismo (si pensi al Croce⁷⁵) dall'altra.

La teoria di Santi Romano attrae il diritto nell'orbita dei fenomeni sociali e dopo avere individuato nell'organizzazione il criterio fondamentale per distinguere una società giuridica da una società non giuridica⁷⁶, giunge alla conclusione secondo cui esistono tanti ordinamenti giuridici per quante istituzioni sia possibile individuare⁷⁷.

In Italia saranno le tesi di Romano a sollecitare lo sviluppo di nuove riflessioni filosofico-giuridiche dettate dall'esigenza di ampliare la visuale di analisi dal concetto di ordinamento, alle relazioni che intercorrono tra differenti ordinamenti, nonché alla natura di tali relazioni.

Condizione preliminare allo studio dei rapporti tra ordinamenti è l'esistenza di più ordinamenti. E' noto come nel pensiero giuridico occidentale l'idea dell'esistenza dell'unico ordinamento giuridico abbia permeato l'intero dibattito⁷⁸.

Il prestigio del diritto romano, prima, del diritto naturale poi, ha determinato il sorgere ed il perdurare dell'ideologia di un unico diritto universale di cui i diritti particolari non erano che delle specificazioni storiche. Più che indagare i rapporti

⁷⁴ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.13.

⁷⁵ B. CROCE, *Saggio sullo Hegel: seguito da altri scritti di storia della filosofia*, Bari, 1967 e dello stesso autore *Breviario di estetica*, Bari, 1969.

⁷⁶ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.13 ss.

⁷⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p.106.

⁷⁸ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.185.

tra ordinamenti diversi, si trattava di mettere in rilievo i rapporti dei vari diritti particolari con l'unico diritto universale.

La società medioevale era una società pluralistica, formata da più ordinamenti giuridici, opponentisi o integrantisi: la Chiesa e l'Impero, quali ordinamenti giuridici universali, erano posti al di sopra di quelli che oggi sono gli stati nazionali, contemporaneamente, al di sotto della società nazionale erano presenti ordinamenti particolari, come i feudi, le corporazioni ed i comuni.⁷⁹

L'ordinamento, considerato nel contesto della molteplicità o pluralità degli ordinamenti statali moderni⁸⁰, viene definito da Modugno come “*ordinamento per sé*”, ovvero, portato del superamento di quella precedente fase evolutiva caratterizzata dal protagonismo *dell'ordinamento in sé*, da intendersi come entità una ed unica comprensiva di qualsiasi valutazione giuridica.

Prima di manifestarsi con l'affermazione degli stati nazionali, l'ordinamento per sé, costituisce un carattere peculiare dello Stato feudale: l'unità-unicità dell'ordinamento universale dell'Impero e la sua struttura gerarchico piramidale, implicano la indefinita molteplicità ed il particolarismo⁸¹ dei gruppi e dei poteri minori interni, che ripetevano nell'ordinamento e dall'ordinamento universale, secondo tutta una serie di mediazioni successive, la propria legittimità. Nel pensiero giuridico medioevale la concezione universalistica dell'ordinamento dell'Impero non fu dunque abbandonata, ma fu anzi utilizzata per legittimare la sovranità effettiva degli ordinamenti particolari.

⁷⁹ Alla formazione dello stato moderno è stato possibile pervenire attraverso l'eliminazione o l'assorbimento degli ordinamenti giuridici sovra e sottordinati alla società nazionale: tale processo è stato definito da Bobbio di “monopolizzazione della produzione giuridica”. «Se per potere, intendiamo la capacità che hanno certi gruppi sociali di emanare norme di condotta valide per la totalità dei membri di quella comunità e di farle rispettare ricorrendo anche alla forza (il cosiddetto potere coattivo), la formazione dello stato moderno va di pari passo con la formazione di un potere coattivo e pertanto con la graduale soppressione dei centri di potere inferiori e superiori allo stato, il che ha avuto come conseguenza l'eliminazione di ogni centro di produzione giuridica che non fosse quello dello stato medesimo. Se oggi vi è ancora una tendenza ad identificare il diritto con il diritto statale, essa è la conseguenza storica del processo di accentramento del potere normativo e coattivo che ha caratterizzato il sorgere dello stato moderno». N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p.14-15. Vedi anche L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cap. II, Padova, 2007, p.30 ss.

⁸⁰ Tali ordinamenti si autoaffermano come originari, sovrani, preminenti nel proprio interno e indipendenti all'esterno. F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico*, p.186.

⁸¹ Per particolarismo giuridico deve intendersi la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme di leggi vigenti in una data sfera spazio- temporale, individuata in seguito ad un giudizio di valore secondo il quale nella stessa sfera vi dovrebbe essere, o “ci si aspetterebbe vi fosse”, unità e coerenza di leggi. Vedi G. TARELLO *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1995, p.28-29.

Tuttavia, con il passare del tempo, tale potere di legittimazione fu destinato a subire un progressivo declino e alla sovranità sempre più formale dell'imperatore, si venne a contrapporre la sovranità effettiva dei regni, dei principati territoriali, delle *civitates*, degli ordinamenti corporativi, di tutti quei gruppi ed ordinamenti particolari, che moltiplicandosi e rafforzandosi finivano per trovare in sé stessi la ragione e la legittimazione della propria esistenza⁸². L'acme di tale processo sarà raggiunto con l'affermarsi delle grandi monarchie nazionali, con il rafforzarsi di signorie e principati e con il contemporaneo decadimento delle repubbliche comunali. Tutti i poteri si accentrano nelle mani del *princeps* la cui *potestas* non è più considerata espressione del diritto, ne è subordinata alla giustizia ed alla legalità, ma è per dirla con Bodin⁸³, *summa legibusque soluta* che si auto legittima e ritrova in se stessa la sua giustificazione e legittimazione. Il passaggio dal Medio Evo all'Epoca Moderna segna dunque la crisi dell'ordinamento universale⁸⁴. Successivamente, lo stesso principio unitario ed unificatore delle monarchie nazionali, incorporato nella prevalente influenza della burocrazia monarchica, condurrà poco a poco, alla distruzione del pluralismo feudale attraverso la trasformazione delle classi politiche in classi civili. Tale mutamento costituisce un'anticipazione di quanto accadrà a seguito delle Rivoluzioni liberali del XVIII e del XIX secolo che porteranno con sé l'affermazione del principio di eguaglianza formale, la depoliticizzazione delle classi e la scomparsa di qualsiasi rilevanza politica (ma non di fatto) delle differenziazioni sociali. Sulla scia dell'impostazione ideologica patrimonio della Rivoluzione francese, lo Stato Liberale nega e disconosce ogni comunità intermedia che possa frapporsi tra Stato e individuo. In ogni ordinamento sovrano, alla negazione del pluralismo interno, si affianca la fede nella concezione statualistica, che concepisce il diritto come integralmente prodotto o comunque autorizzato dallo stato⁸⁵. Postulato di tale concezione è l'idea dell'unità-esclusività dell'ordinamento statale a cui si

⁸² F. MODUGNO, *op. ult. cit.*

⁸³ J. BODIN, *I sei libri dello stato*, Torino, 1964, I, p.177.

⁸⁴ Il concetto di stato e di ordinamento universale storicamente presenti dal Medioevo agli inizi dell'Età moderna, vengono richiamati da Kelsen nel Problema della sovranità, per mostrare come di contro, differente sia stato nel periodo successivo l'approccio al diritto internazionale, nonostante avesse la medesima natura di diritto degli stati. «Con l'emergere del dogma della sovranità lo stato universale ed il diritto internazionale diventa un problema». H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale (1920)*, Milano, 1989, p. 402.

⁸⁵ MODUGNO, *op. ult. cit.*

accompagna la sua tendenziale completezza⁸⁶ ed esaustività. In tale ottica tutto il diritto viene ad essere considerato di matrice statale e privo di lacune, cosicché, qualora non sia possibile applicare alcuna norma per risolvere una determinata controversia, sarà necessario ricorrere a forme di autointegrazione come l'interpretazione estensiva, il procedimento analogico o il ricorso ai principi generali del diritto.

Ma l'idea di un ordinamento unico ed unitario, nonché esaustivo ed esclusivo, si rivelò essere l'ordinamento di una società monoclasse, ovvero, quella in cui fino ad un certo punto esercitò il suo predominio la classe borghese. Fu così che nel tentativo di enucleare un'unica società politica, lo stato moderno generò una profonda scissione tra società politica e società civile.

La Rivoluzione industriale che si diffuse nella seconda metà dell'Ottocento, mise alla prova la vacillante impalcatura ordinamentale che si reggeva sul principio della sovranità della nazione. Con l'emergere della questione sociale legata alla grande industria e all'organizzazione del lavoro, le classi economico sociali fino ad allora rimaste fuori dall'agone politico, iniziarono ad organizzarsi per chiedere maggiori tutele da parte dei poteri statali e per fare sentire la loro voce nei processi decisionali che andavano ad incidere sui loro interessi.

Il riconoscimento e la tutela dei diritti sociali segnerà una delle tappe maggiormente significative del passaggio dallo Stato Liberale allo Stato Sociale. Sindacati, partiti politici ed associazioni di categoria avranno un ruolo determinante ai fini della strutturazione dell'assetto democratico. Parimenti la vasta gamma di corpi intermedi definiti nell'art.2 della Costituzione, "formazioni sociali" verranno ritenute essere sede privilegiata dello svolgimento della

⁸⁶ Secondo Bobbio, il carattere della completezza dell'ordinamento per come concepito nella tradizione medioevale, è assurdo, nell'ambito della teoria giuridica continentale di origine romanistica, al rango di vero e proprio dogma. Il diritto romano per come enunciato nel *Corpus Iuris Civilis*, viene poco a poco considerato come il diritto per eccellenza, al quale non c'è nulla da aggiungere e nulla da togliere, perché contiene le regole con le quali il buon interprete è in grado di risolvere tutti i problemi giuridici. Successivamente, a seguito del consolidarsi dello stato moderno, il dogma della completezza diventò parte integrante della concezione che fa della produzione giuridica un monopolio dello stato. Ammettere che l'ordinamento giuridico statale non fosse completo avrebbe, infatti, significato introdurre un diritto concorrente, con conseguente rottura del monopolio produttivo statale. Espressione macroscopica di questa volontà di completezza sono state le grandi codificazioni: il codice diventa per il giudice un prontuario infallibile da cui non può discostarsi. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.131.

personalità e strumento di partecipazione alla vita economica, sociale e politica del paese. L'affiorare di numerose istanze differenziate, rese sempre meno facile ingabbiare la rappresentazione della società reale nell'angusto dogma della completezza. L'interesse delle scienze sociali e della sociologia giuridica iniziò quindi a dirigersi verso lo studio e la valutazione dell'effettiva influenza che tali aggregazioni riuscivano ad esercitare in ambito politico, sociale ed economico. Negli anni successivi, tali cambiamenti contribuiranno all'affermazione di una nuova visione dell'ordinamento giuridico. Il diritto inizia ad essere considerato come un fenomeno eminentemente sociale, prodotto dalla dinamica delle forze sociali che spingono verso la teorizzazione di un libera ricerca del diritto⁸⁷.

Alle fonti statali vengono contrapposte la consuetudine, la giurisprudenza, l'equità ed anche un nuovo diritto naturale; mentre ai metodi dell'autointegrazione vanno a sostituirsi quelli dell'eterointegrazione (rilevanza di ordinamenti extrastatali o endostatali, fonti diverse dalla legge). In Francia e in Germania la rivolta contro il monopolio statualistico del diritto fu condotta dalla scuola del diritto libero che ebbe in Eugen Ehrlich⁸⁸ uno dei suoi massimi esponenti. I sostenitori della nuova scuola affermano che il diritto positivo è pieno di lacune e per riempirle bisogna affidarsi al potere creativo del giudice, cioè di colui che è chiamato a risolvere gli infiniti casi che i rapporti sociali suscitano, al di là ed al di fuori di ogni regola preconstituita.

Tale atteggiamento critico scaturisce dalla constatazione circa il processo di progressivo invecchiamento dei contenuti dei codici, che finiscono per risultare sempre meno adatti a fornire risposte giuridicamente adeguate alle esigenze poste da una società che l'industrializzazione ha profondamente trasformato. Dallo sfasamento tra diritto positivo e realtà sociale nasce la polemica contro lo stato e la scoperta della società al di sotto dello stato⁸⁹. Sulla base di queste premesse il pensiero marxista e quello dei sociologi positivisti demoliranno il monismo

⁸⁷ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.139-140; F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico*, p.195.

⁸⁸ Avendo il diritto la natura di fenomeno sociale, prodotto dalla società e non solo dallo stato, il giudice ed il giurista erano chiamati a ricavare le regole giuridiche adeguate ai nuovi bisogni, non nelle regole morte e cristallizzate nei codici, bensì nello studio della società e della dinamica dei rapporti tra le diverse forze sociali. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.25;

⁸⁹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p. 135 ss.

statualistico che aveva avuto la sua espressione più intransigente nella filosofia hegeliana.

La sempre maggiore rilevanza che sul piano sociale sono venuti ad assumere gli ordinamenti diversi da quello statale, ha spinto la scienza giuridica a superare il punto di vista statalistico ed approdare alla tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, ovvero, della socialità del diritto⁹⁰.

Si tratta di una pluralità politipica⁹¹ che costringe gli ordinamenti statali a relazionarsi oltre che tra loro, anche con ordinamenti aventi una diversa natura, non riconducibile affatto a quella che doveva essere la tendenziale unicità-esclusività dell'ordinamento statale moderno.

Tale forma di pluralismo venne definita da Bobbio come *istituzionale*, proprio a volerne rimarcare la stretta connessione con la teoria istituzionalistica di Romano ed anche allo scopo di prendere le distanze dallo storicismo giuridico,⁹² prima e risalente manifestazione del pluralismo.

Per Santi Romano ogni istituzione è un ordinamento giuridico e viceversa. In particolare l'ordinamento internazionale è una istituzione di istituzioni che presuppone i singoli stati nella loro indipendenza ed autonomia, ma senza incorporarli.

E' importante evidenziare come, mentre sul riconoscimento della comunità internazionale quale manifestazione emblematica del principio della pluralità degli ordinamenti, la dottrina di allora esprime consenso unanime, posizioni contrastanti emergono nel momento in cui la visuale di analisi si amplia fino a ricomprendere tutti gli altri tipi di ordinamenti.

Nasce da qui la critica romaniana all'impostazione statualistica che attribuisce unicamente allo stato il potere di conferire il carattere della giuridicità ad un ordinamento, in quanto lo pone in essere o lo riconosce. Ne "L'ordinamento giuridico", Romano afferma che lo Stato è una specie del genere diritto, infatti,

⁹⁰ F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico.*, p.198.

⁹¹ A. E. CAMMARATA, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 210.

⁹² La scuola storica del diritto contrappose al diritto naturale, comune a tutte le genti, i diritti dei popoli o delle nazioni. Si tratta di una prima forma di pluralismo statualistico che concepisce l'esistenza di tanti ordinamenti giuridici per quante nazioni vi sono. La frantumazione del diritto universale in tanti diritti particolari verrà poi approfonditamente elaborata dal positivismo giuridico, che concepisce come unica fonte del diritto il diritto positivo posto da un'autorità sovrana. N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975, p.185-188.

mentre il concetto di diritto si determina perfettamente senza quello di stato, non è possibile definire lo Stato senza ricorrere al concetto di diritto⁹³.

Per quanto riguarda poi le relazioni tra ordinamento giuridico internazionale e statale, Romano non configura alcuna possibilità di conflitto e ciò in ragione del fatto che tali sistemi giuridici esplicano la propria vita e la propria forza in modo indipendente ed autonomo.

Ciascuno esplica la propria forza nel proprio ambito di competenza e qualora il primo dovesse contenere degli elementi che contrastano con il secondo, tale situazione non metterebbe comunque in discussione la giuridicità dell'ordinamento statale⁹⁴.

Ma, se Romano guarda al principio del pluralismo giuridico da una prospettiva istituzionale, qualche anno dopo Vezio Crisafulli, avvalendosi dell'eredità teorica trasmessagli da Perassi,⁹⁵ menzionerà tale principio nel suo studio sulle fonti del diritto ponendolo in stretta relazione con il canone della relatività dei valori

⁹³ «E' da negarsi nel modo più reciso che il sistema statale sia divenuto l'unico sistema del mondo giuridico: anzi è da negarsi che siffatta concentrazione sia materialmente possibile. [...] La cosiddetta crisi dello stato moderno implica per l'appunto la tendenza di una serie grandissima di gruppi sociali a costituirsi ciascuno una cerchia giuridica indipendente». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p. 113.

⁹⁴ E' possibile applicare questo stesso principio anche ai rapporti che intercorrono tra l'ordinamento della Chiesa e ordinamenti statali in materia di diritto ecclesiastico: si tratta di ordinamenti distinti, con differenti ambiti di applicazione, delle fonti proprie e tali da non formare un'unità. La Chiesa è quindi un'istituzione, un ordinamento giuridico autonomo che esplica la propria potestà verso i fedeli a prescindere dal riconoscimento dello stato. Se poi lo stato la riconosce come istituzione lecita e a vario titolo rilevante, essa potrà attraverso la sua capacità d'agire produrre anche effetti civili. «[...] Dal punto di vista giuridico occorre che ciascuno (ordinamento), quello dello stato e quello della Chiesa sia considerato in sé e per sé, e quando se ne considera uno, dell'altro bisogna tenere conto solo se e in quanto il primo vi si richiama per i suoi stessi fini e nel senso in cui vi si richiama che può essere diversissimo». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p.115 ss.

⁹⁵ Leggendo in chiave dommatica e alla luce del principio di relatività il concetto di ordinamento giuridico, Perassi lo definisce un sistema di canoni di valutazione, da cui certi fatti, azioni e situazioni della vita di società ricevono determinate qualifiche che si concretano in determinati effetti. In tal senso è possibile pervenire alla conoscenza sistematica di un ordinamento giuridico nella sua funzione di sistema di canoni di valutazione delle relazioni sociali. Vedi T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1967, p.16-22. Secondo l'autore il potere di produrre norme giuridiche senza limitazione circa il contenuto di esse, è un potere giuridico esclusivo dello stato e che lo stato attribuisce alle norme sulla produzione giuridica sulla base di un'ampia pluralità di processi ordinati gerarchicamente "in modo che ciascuno di essi abbia una sua propria determinata potenzialità di produzione e siano salvaguardate quelle esigenze unitarie del divenire di un ordinamento giuridico, che sarebbero lese se più processi di produzione giuridica avessero un uguale potere di creare modificare o estinguere norme relative alla stessa materia e vigenti nello stesso spazio". T. PERASSI, *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1922. Decisiva fu l'influenza esercitata da Perassi sulle successive elaborazioni teoriche del Crisafulli che del suo ispiratore, non accolse però la funzione di apertura della scala gerarchica riconosciuta al principio di esclusività. Vedi C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990, p.109.

giuridici⁹⁶.

«Il punto di raccordo tra teoria degli ordinamenti e teoria delle fonti consiste nel canone della relatività dei valori giuridici, che accompagna la concezione pluralistica sia politipica che monotipica⁹⁷ in tutti i suoi sviluppi logici, traducendosi all'atto del passaggio dal piano della teoria generale a quello della dommatica, nel principio di unicità o esclusività di ogni ordinamento. [...] Relatività ed esclusività⁹⁸ sono criteri che non si arrestano, infatti, alle situazioni e contegni qualificati dalle singole norme, ma investono anzitutto le stesse norme e il sistema di cui queste sono elementi, poiché anche l'idoneità di un fatto a creare diritto o singole norme di diritto, è suscettibile di essere riconosciuta o negata da altre norme (le norme strumentali, nella specie di norme appunto, sulla produzione giuridica). Onde la conseguenza che quel che è norma giuridica per un certo ordinamento, non lo è per un altro e viceversa. Relatività ed esclusività⁹⁹

⁹⁶ Anche Mortati condivide la visione di Crisafulli sulla relatività, quale anello di congiunzione tra diritto e singolo ordinamento precisando poi come «[...] La qualificazione effettuata da ogni ordinamento delle attività svolgentisi nel suo ambito per garantire gli interessi di cui assume la tutela, viene a rivestire l'una o l'altra di queste configurazioni tipiche: di giuridicità, antigjuridicità, indifferenza». C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.12-18. Cfr. F. MODUGNO, *Legge-Ordinamento giuridico*, p. 255 ss.

⁹⁷ A. E. CAMMARATA, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

⁹⁸ Tali premesse condurranno il Crisafulli alla conclusione per cui le fonti sono fatti giuridici in quanto qualificati da altre norme che ad essi riconoscono l'attitudine a creare diritto oggettivo. Tale scelta non è arbitraria, ma rispecchia più o meno consapevolmente le convinzioni comuni entro un determinato ambito sociale su quel che sia diritto, infatti, la determinazione delle fonti consiste non tanto nell'inventare categorie di fatti normativi, quanto essenzialmente nel riconoscerne alcuni e disconoscerne altri fissando le condizioni e i presupposti cui ne sia subordinato il riconoscimento. V. CRISAFULLI, *Voce "Fonti del diritto (dir. cost.)"*, Enc. dir. XVII, Milano, 1968, p.930, ss. e *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.43 e p.64. Vedi anche C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano 1990, p.10-11. Nell'introduzione alla sua monografia sul principio di esclusività, Pinelli intende tale principio come la potestà esclusiva che avrebbero le norme sulla produzione normativa di un dato ordinamento-in primis statale- di qualificare determinati fatti come fonti atto o fonti fatto, abilitando solo queste a produrvi diritto: gli atti richiamati da ordinamenti estranei e la stessa consuetudine, potrebbero produrlo in quanto "convertiti" o "degradati" in fonti fatto dal punto di vista dell'ordinamento considerato.

⁹⁹ Il principio di esclusività è stato oggetto di analisi approfondite anche nell'ambito delle teorie svolte da Kelsen e da Romano sul concetto di diritto. Partendo dall'assunto che compito di ogni conoscenza –anche di quella normativa- è di raggiungere un sistema di giudizi che sia internamente coerente e privo di contraddizioni, Kelsen desume che due sistemi di norme non possono essere presupposti come vigenti contemporaneamente l'uno accanto all'altro: la coordinazione di due sistemi di norme è pensabile solo con l'ausilio di un ordinamento che stia al di sopra dei due sistemi coordinati e che, delimitando l'uno dall'altro, li coordina. Il postulato della conoscenza normativa ha lo stesso significato della esclusività di quell'ordinamento che al momento si assume valido. La validità dell'ordinamento normativo statale per Kelsen è esclusiva solo se si considera lo stato come ente sovrano, non derivato. H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale (1920)*, Milano, 1989, p.109, 159 e 274-78. Inoltre,

*dei valori giuridici storicamente si concretizzano nel riconoscimento che ogni ordinamento espressamente o implicitamente dispone delle proprie fonti, quali strumenti idonei a porre norme costitutive del suo proprio diritto –quindi di quello che si presenta come il diritto oggettivo, convenzionalmente delimitato secondo criterio formale».*¹⁰⁰

Il principio della pluralità degli ordinamenti viene osservato nel pensiero di Santi Romano da una diversa prospettiva che pone al centro dell'universo giuridico non il diritto statale, ma quello internazionale¹⁰¹. Romano ritiene che lo stato sia solo una specie del genere diritto, in quanto per aversi diritto è sufficiente il sorgere di un'organizzazione sociale permanente e dotata di un proprio ordinamento.

E' un dato di fatto che molti enti prima indipendenti rispetto allo stato, siano poi

in tale contesto di norme appartenenti allo stesso ordinamento giuridico, l'unità è garantita dalla norma fondamentale da cui tutte le altre traggono il loro fondamento di validità. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p.231. Viceversa Romano fonda la sua analisi delle relazioni interordinamentali sul concetto di rilevanza giuridica: un ordinamento risulta rilevante per un altro se l'esistenza, o il contenuto o l'efficacia del primo sia condizionata dal secondo sulla base di un determinato titolo giuridico. Mentre Kelsen nega in modo deciso che un ordinamento originario in quanto unico ed esclusivo possa attribuire rilevanza alle norme di altri ordinamenti, Romano afferma, invece, che un ordinamento originario possa, e non che debba necessariamente negare valore giuridico ad un altro. A questo proposito si consideri l'esempio con cui l'autore spiega il meccanismo su cui si fonda l'applicazione di larga parte delle norme di diritto internazionale privato. L'autore presuppone l'esistenza di due ordinamenti statali tra cui s'instaura un rapporto di coordinazione ed i cui contenuti si influenzano in riferimento a determinate discipline. Un ordinamento limita il proprio contenuto prevedendo che su determinati ambiti, questo arretri lasciando spazio al contenuto di un altro ordinamento straniero. A disciplinare tale rinvio è una norma interna detta di collisione in quanto si pone l'obiettivo di evitare l'insorgere di conflitti o concorsi delle potestà legislative riconducibili rispettivamente a ciascuno dei due ordinamenti. In particolare l'autore si sofferma sull'eventuale esistenza di un'altra norma (cui la norma di collisione rinvierebbe) che dispone in merito al tipo di efficacia che il diritto straniero deve dispiegare all'interno dell'ordinamento statale rinviante. In tal modo Romano configura tre momenti: un primo in cui lo stato autolimita la propria potestà legislativa ed un secondo ed un terzo in cui, sulla base di una propria determinazione, attribuisce rilevanza al contenuto e all'efficacia delle norme straniere richiamate. Tale attività viene definita di "coordinamento unilaterale". In riferimento alla tendenza all'autolimitazione delle competenze ordinamentali Romano chiarisce come sia «[...] Perfettamente concepibile che un ordinamento giuridico dichiari come suo principio fondamentale la propria limitazione a date materie, in modo che le altre, che esso non contempla, debbano considerarsi giuridicamente irrilevanti e quindi come un campo in cui non riconosce né diritti e né obblighi». Pur riconoscendo allo stato la potenziale caratteristica di essere un'istituzione a fini illimitati, in concreto il suo diritto risulta, sotto il profilo delle competenze materiali, sempre limitato: «L'ordinamento non ha mai la pretesa di assoggettare a sé tutte le attività e le manifestazioni degli individui, ma solo quelle che interessano nei suoi fini, vi sono materie di cui lo stato si disinteressa in assoluto, o in quanto possono essere eventualmente regolate da un altro ordinamento». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p. 145, 185, 205 ss.

¹⁰⁰ V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*

¹⁰¹ «La costellazione massima dell'universo giuridico non è dunque lo stato ma tale comunità in cui esso si compenetra sia pure in minor grado di quanto altri enti non si compenetrino, alla loro volta nello stato». S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, p.43-46.

stati attratti nella sua orbita fino al punto di far confluire i propri ordinamenti in quello statale. Ma questa tendenza non può *sic et simpliciter*, come accaduto in passato, condurre all'affermazione che il sistema statale sia l'unico sistema presente del mondo giuridico. Anche perché, tali premesse mal si conciliano con la diffusa tendenza all'emersione di un crescente numero di gruppi sociali che si organizzano e strutturano sulla base di ordinamenti interni indipendenti da quello statale.

Oltre a costituire il primo esempio di compiuto svolgimento della tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici, anche per quanto riguarda le relazioni che tra essi vengono ad instaurarsi, la teoria pluralistica di Romano, divenne un vero e proprio canone euristico in grado di condurre verso la comprensione di una svariata serie di fenomeni dell'esperienza sociale, accomunati dall'essere tutti egualmente fenomeni ordinamentali¹⁰².

1.7. GLI SVILUPPI DEL PLURALISMO GIURIDICO E LE FORMULE CLASSIFICATORIE DELLE TIPOLOGIE ORDINAMENTALI

Una volta raggiunto l'obiettivo di spezzare il nesso tra stato e diritto, la carica polemica insita nella dottrina pluralistica, andò negli anni successivi ad affievolirsi¹⁰³ lasciando di contro spazio ad una tendenza "supererogatoria" rispetto al pensiero di Romano, che faceva degli "ordinamenti una specie di chiave nel mondo"¹⁰⁴. A tal proposito Giannini, sul finire degli anni Cinquanta, dopo avere preso atto della diffusa propensione da parte di giuristi e filosofi a rinvenire in qualsiasi rapporto interpersonale un ordinamento o un momento normativo, invita la comunità scientifica a riflettere sul fatto che la teoria degli ordinamenti costituisca esclusivamente un'ipotesi di lavoro, e non un *a priori* in grado di fornire una spiegazione di tutta la fenomenologia giuridica. L'esigenza di pervenire a tale ipotesi nasce segnatamente da due concreti ordini di problemi:

¹⁰² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.39 ss.

¹⁰³ CRISAFULLI, *op.*, *ult. cit.*

¹⁰⁴ M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, Roma, 1950, p.222 ed anche M. S. GIANNINI, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, Estratto dagli atti del XIV Congresso Internazionale di sociologia (Vol.IV)*, Società italiana di sociologia, 1950, p.5.

l'esistenza di una pluralità di gruppi compresenti in riferimento ad un determinato ambito spazio-temporale e l'insorgere di conflitti tra norme riconducibili a gruppi distinti. La contemporanea esistenza e capacità di agire di differenti gruppi comporta per il soggetto appartenente a più gruppi, la vigenza simultanea di ordini normativi diversi, cosicché in caso di conflitto tra norme, il soggetto sarà posto di fronte alla scelta di dovere optare per uno solo dei due ordini. Nel caso in cui i due gruppi abbiano un ente esponenziale dotato di una propria forza, il conflitto tra ordini normativi può divenire direttamente conflitto tra enti, ovvero, tra stati e stati, stati e unioni super statali, stati e associazioni professionali, stati e chiese¹⁰⁵. Posto quindi il carattere liminale del concetto di ordinamento, risulta necessario stabilire quali caratteristiche ad esso ricollegabili consentano di attribuirgli rilevanza giuridica. Giannini ritiene che gli elementi necessari minimi di un ordinamento giuridico siano la normazione¹⁰⁶ e l'organizzazione, ovvero, un insieme di norme proprie del gruppo e un complesso di uffici permanenti¹⁰⁷ che assolvano utilità collettive del gruppo.

Tale definizione di ordinamento giuridico, in ragione della sua completezza è stata accolta dalla dottrina maggioritaria ed ha condotto all'enucleazione di una serie di formule classificatorie che avvalendosi di criteri di volta in volta differenti, hanno cercato di raggruppare per finalità, oggetto e destinatari le varie tipologie ordinamentali.

Se come criterio di valutazione si considerano le finalità che l'ordinamento si

¹⁰⁵ M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, Roma, 1950.

¹⁰⁶ «Per potersi parlare di ordinamento, con riferimento ad un determinato gruppo, è necessario che esso sia dotato di una normazione propria e tale da formare un sistema che vada ad ordinare le norme secondo principi che ne assicurino la completezza attraverso la funzione d'integrazione che essi svolgono. Deve trattarsi di norme originate dalla determinazione del gruppo e in grado d'imporsi effettivamente all'osservanza dei suoi componenti. Le associazioni, la cui vita viene ad essere integralmente disciplinata dagli ordinamenti generali nei quali esse agiscono, non costituiscono degli ordinamenti giuridici. Quando accade che queste organizzazioni o enti esponenziali si diano delle normazioni non corrispondenti con statuzioni delle società generali in cui agiscono, si tratterà di estrinsecazioni della categoria del meramente lecito e non di ordinamenti (per es. il diritto dei privati). Esistono, infatti, numerosi gruppi privi di normazione e di organizzazione che non danno luogo ad ordinamenti giuridici ma solo ad enti esponenziali all'interno di un ordinamento generale. Qualora invece le norme dell'associazione contrastino anche solo parzialmente con quelle della società generale, ma vengono fatte osservare, allora in tal caso si configura la presenza di un ordinamento giuridico separato». GIANNINI, *op. ult. cit.* p.231-235.

¹⁰⁷ «Normalmente l'organizzazione comprende, accanto al disegno di uffici, anche un complesso di congegni per la provvista dei mezzi, per l'utilizzazione di beni che il gruppo ha in comune per il disimpegno di utilità». GIANNINI, *op. ult. cit.* p.237.

propone di conseguire, si dovrà *in primis* distinguere tra ordinamenti a fini generali e ordinamenti a fini particolari. Questi ultimi si pongono come obiettivo la soddisfazione di interessi sociali ben determinati (culturali, sportivi, di beneficenza) cosicché, costituendo tali interessi, dei limiti all'attività dell'ordinamento, il suo venir meno o il suo mutamento ne determinano l'estinzione o la trasformazione in un ordinamento diverso. Gli ordinamenti generali si costituiscono per un fine generico suscettibile di comprendere in sé la soddisfazione di tutti gli interessi che possono o potranno essere avvertiti come necessari alla conservazione di un determinato gruppo sociale.

Tale fine che inizialmente è possibile ricondurre alla coesistenza pacifica ed allo sviluppo dei soggetti che appartengono al gruppo, induce l'ente ad assumere compiti di varia natura.

Se per qualsiasi motivo si verificasse un mutamento in ordine all'assunzione di questi compiti, l'ordinamento non si trasformerebbe, poiché tali compiti non rilevano quali fini autonomi, ma solo come mezzi per il perseguimento del fine generale¹⁰⁸.

Alla categoria degli ordinamenti a fini generali o politici appartengono gli stati e la comunità internazionale.

Lo stato, in quanto specie del *genus* ordinamento giuridico presuppone un complesso di uomini legati da comuni bisogni e da un insieme di rapporti reciproci; un sistema di canoni per la valutazione di questi rapporti; un'autorità che applichi ad essi i canoni e faccia valere le sanzioni¹⁰⁹. Se osservato da una prospettiva empirica, il fenomeno stato, si presenta come un gruppo sociale indipendente a base territoriale fissa, stabilmente ordinato attorno ad un centro di potere suo proprio che, mentre non dipende a sua volta da alcuna altra autorità, si afferma al tempo stesso, nell'ambito spaziale-temporale del gruppo, come superiore ad ogni altro possibile potere. Indipendenza e preminenza del potere statale e indipendenza del gruppo complessivo si implicano a vicenda e implicano che l'ordine normativo sia originario, ovvero, incondizionato, autolegittimantesi e virtualmente illimitato. Lo stato può dunque essere definito come ordinamento giuridico territoriale sovrano, dove con la nozione di sovranità ci si riferisce alla

¹⁰⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.19 ss.

¹⁰⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.22.

indipendenza della comunità ordinata a stato, alla originarietà del suo ordinamento normativo, nonché all'indipendenza verso l'esterno ed alla supremazia verso l'interno della autorità che ne costituisce il centro unitario di potere¹¹⁰. Da qui poi la tradizionale configurazione dei cosiddetti "elementi costitutivi dello stato": il popolo, il territorio e la sovranità¹¹¹. Il concetto di sovranità inteso come originarietà dell'ordinamento normativo, si traduce nell'istanza per cui ogni sistema di diritto statale trova in se stesso la propria legittimazione, di contro si qualificano come derivati gli ordinamenti che presuppongono un ordinamento superiore che ne condiziona l'esistenza e la validità. In senso stretto possono essere considerati come derivati gli ordinamenti istituiti da un ordinamento maggiore e sovrastante ma che sia al contempo in grado di produrre norme almeno in parte sue proprie. Proiettando tali premesse nella dimensione statale, risultano essere ordinamenti derivati quelli che pur essendo istituiti dallo stato, detengono una loro potestà normativa e sono in grado di produrre un loro diritto. Ne sono un esempio gli enti territoriali minori, nonché gli enti pubblici non territoriali che vengono definiti *autonomi*, quanto alla capacità ad essi riconosciuta di produrre norme giuridiche assunte a fare parte integrante del diritto oggettivo statale¹¹². La dottrina maggioritaria considera derivati anche gli ordinamenti interni, ovvero, quegli ordinamenti che si pongono in una posizione di subordinazione rispetto ad un ordinamento superiore da cui restano distinti. Tra questi vengono inclusi sia gli enti creati dallo stato e quindi manifestazione di *pluralismo istituzionale*, quanto gli ordinamenti di enti e gruppi privati in cui si articola la società civile sottostante il potere statale ed espressione di *pluralismo sociale*. Mentre una parte della dottrina ha, sostenuto che il rapporto intercorrente tra ordinamenti interni ed ordinamenti statali sia di separazione, di contro Crisafulli ha sottolineato come il loro tratto distintivo debba piuttosto essere ricercato nella posizione "interna" che essi vengono ad occupare rispetto all'organizzazione statale centralizzata. Secondo l'insigne giurista gli ordinamenti interni devono essere considerati come delle articolazioni differenziate dell'ordinamento complessivo, come ordinamenti speciali, nell'ambito dei quali si

¹¹⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.50-51.

¹¹¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Cap. II, III, IV, Padova, 1975, p.22 ss.

¹¹² V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.63.

producono norme e possono esplicarsi attività che non rilevano direttamente nell'ordinamento generale,¹¹³ ovvero, non entrano a far parte del diritto oggettivo dello stato. Tra gli ordinamenti derivati, l'autore ricomprende anche quelli meramente leciti e talora irrilevanti come ordinamenti rispetto a quello superiore. Si tratta degli ordinamenti che sorgono spontaneamente su iniziativa privata come i partiti politici, i sindacati, gli ordinamenti delle confessioni religiose. Essi non derivano dall'ordinamento statale, piuttosto trovano in esso il loro fondamento diretto o indiretto e quindi il loro limite¹¹⁴.

1.8. LE INDAGINI SULLA NATURA DELLE RELAZIONI INTERORDINAMENTALI: MONISMO E DUALISMO

La constatazione dell'esistenza di una pluralità di ordinamenti, ha posto il problema di stabilire quale sia la natura delle relazioni tra essi intercorrenti, dunque l'esigenza di valutare se si configurino rapporti gerarchici, di parità o di altra specie. In particolare, approfonditi studi sono stati condotti in riferimento alle relazioni sorte tra ordinamenti statali e tra questi e l'ordinamento internazionale. Tale analisi ha condotto all'elaborazione di due macro categorie note come *monismo* e *dualismo*. Nel saggio *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* del 1920, Kelsen getta le basi per la formulazione di una dottrina del diritto internazionale di orientamento monista. Ispirandosi alla filosofia neokantiana di Hermann Cohen e di Ernst Mach, Kelsen mette in discussione il positivismo giuridico ottocentesco criticando aspramente il dualismo di Triepel e dunque la visione hegeliana del diritto internazionale inteso come diritto statale esterno. L'obiettivo prioritario che la costruzione kelseniana mira a raggiungere, consiste nel dimostrare che il diritto costituisce un'entità unica e unitaria, ovvero, priva di contraddizioni interne: il postulato kantiano dell'unità della conoscenza giuridica rappresenta, infatti, per l'autore l'unica

¹¹³ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970, p.40-42. Secondo Giannini, invece, più che di ordinamenti interni si dovrebbe parlare di ordinamenti particolari, tali sarebbero gli ordinamenti militari e gli ordinamenti sezionali, costituiti da coloro che esercitano attività economiche per le quali è richiesta una speciale autorizzazione o concessione degli organi statali preposti al controllo di tali attività.

¹¹⁴ V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.* p.63.

strada percorribile per un approccio scientifico al diritto¹¹⁵. Prima di entrare nel merito di quella che a suo giudizio deve essere considerata la natura delle relazioni interordinamentali, Kelsen decostruisce il dogma della sovranità statale che, come bene fa notare Agostino Carrino nella presentazione all'edizione italiana del libro, aveva rappresentato la risposta al pericolo della guerra civile senza fine¹¹⁶ ed ai problemi creati dalla dissoluzione della Repubblica Christiana. Il giurista viennese prende di mira la versione classica della dottrina della sovranità di Bodin¹¹⁷ ritenendola condizionata nelle sue fondamenta, dall'intento di legittimare il perseguimento di specifici obiettivi di politica statale. Dopo avere osservato come tale anomalia ne comprometta in modo irrimediabile la complessiva valenza scientifica e teoretica, Kelsen contesta in particolare tutte quelle tendenze naturalistiche che partendo dalla concezione dello Stato inteso come entità naturale, tendono ad affrontare il problema della sovranità attraverso la ricerca sociale. *La sovranità non va vista come una qualità reale e quindi empiricamente ed induttivamente osservabile nel mondo esterno dei fatti percepibili, una qualità che inerisce ad un oggetto naturale fisico o psichico, ma come un'ipotesi, un presupposto del pensiero dell'osservatore che vuole conoscere lo stato e il diritto*¹¹⁸. La sovranità viene quindi ad essere un'ipotesi dell'osservatore, un presupposto di considerazione e di valutazione. La classica e ambivalente declinazione del concetto di sovranità in interna ed esterna, risulta ammissibile solo a condizione di presupporre un ordinamento sovraordinato a quelli statali chiamato a svolgere nei loro confronti una funzione di coordinamento. Se, come sostenuto da Jellinek¹¹⁹, si considera la sovranità interna come illimitatezza del potere statale e la sovranità esterna quale espressione dell'indipendenza dello stato da altri poteri e conseguente capacità d'instaurare relazioni giuridiche paritarie tra gli ordinamenti statali, si deve concludere, secondo Kelsen, che il concetto d'indipendenza abbia lo stesso significato di

¹¹⁵ Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, Rivista di diritto internazionale, 1935, p. 29.

¹¹⁶ In tal senso l'unità dell'ordine giuridico universale, gli appare come *il pallido rovesciamento speculare dell'unità dell'Imperium medioevale*. H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale (1920)*, Milano, 1989, p. X.

¹¹⁷ J. BODIN, *I sei libri dello stato*, Torino, 1964.

¹¹⁸ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale (1920)*, Milano, 1989, p.23.

¹¹⁹ G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949.

coordinazione giuridica e che esista un'autorità sovraordinata chiamata a limitare le reciproche sfere statali ed a porre gli stati sullo stesso piano. Il punto più fragile della costruzione di Jellinek deve, infatti, essere ricercato a giudizio di Kelsen, nel tentativo che il giurista compie di conferire al concetto giuridico di sovranità un contenuto positivo da cui derivare delle funzioni statali. La sovranità viene definita come la capacità dello stato di obbligarsi in modo esclusivo con la creazione di un ordinamento giuridico, nonché di autodeterminarsi ed autobbligarsi giuridicamente attraverso l'esercizio della propria potestà legislativa¹²⁰. Kelsen attacca la teoria della autobbligazione innanzitutto nella sua premessa antropomorfica, consistente nel vedere lo stato come presupposto dell'ordinamento giuridico e momento creativo collocato in una sfera temporale ad esso anteriore. Discostandosi dalla dottrina precedentemente richiamata che considerava la sovranità come appartenente al principe e al popolo, Kelsen vede nella sovranità una qualità ricollegabile ad un ordinamento giuridico supremo, non derivabile nella sua validità da un altro ordinamento sovraordinato, bensì riconducibile ad una norma fondamentale ipoteticamente presupposta¹²¹ che ad esso appartiene¹²². Viceversa, l'ordinamento superiore oltre a costituire il fondamento di validità dell'ordinamento inferiore, ne determina anche l'ambito di validità materiale e territoriale. Nell'ordine superiore risiede la competenza sovrana¹²³ (*Kompetenzhoheit*), cosicché per Kelsen risulta inammissibile l'idea che possano esistere più sistemi sovrani di norme, contemporaneamente validi e

¹²⁰ H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, p.62.

¹²¹ Sulle oscillazioni di Kelsen in merito alla natura ipotetica e presupposta della norma fondamentale, a cui in altre parti della sua opera ne contrappone una positiva, vedi le riflessioni critiche di P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, Enc. dir., Vol.XIV, Milano, 1965.

¹²² H. KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello stato* (1926), Torino, 2004, p.33.

¹²³ In riferimento all'espressione tedesca *Kompetenzhoheit*, in questa trattazione ci avvarremo della traduzione contenuta ne "Il problema della sovranità" (p.70-77) in cui si parla di "competenza sovrana" (in "Lineamenti di teoria generale" a p.36 le stesse parole indicano la "sovranità sulla competenza"). Un ordinamento detiene la competenza sovrana se la sua modificabilità riposa sulla propria determinazione, ovvero, su una norma appartenente al suo stesso ordinamento. Kelsen non condivide l'idea secondo cui la competenza sovrana debba essere considerata quale carattere essenziale della sovranità. A tal proposito l'autore pone, in riferimento agli ordinamenti tra cui sussiste un rapporto di sovra- sottordinazione, una distinzione tra competenza sovrana formale e competenza alla competenza materiale. La prima sarebbe una prerogativa esclusiva dell'ordinamento superiore, che in quanto sovrano (oltre ad autodeterminarsi ed autobbligarsi) disciplina sulla base di proprie condizioni, le modifiche dell'ordinamento inferiore, a cui, invece può essere riferita solo la seconda definizione in quanto si autodetermina solo in parte e non è sovrano.

reciprocamente indipendenti e irrelati¹²⁴.

Per Kelsen non è lo stato ad essere sovrano, sovrana è solo la norma fondamentale dell'ordinamento internazionale in quanto costituisce il fondamento di validità di tutti gli ordinamenti statali intesi come ordinamenti parziali da esso delegati. Gli ordinamenti statali istaurano tra loro relazioni giuridiche paritarie e risultano sotto ordinati al diritto internazionale che li coordina andando a formare con essi l'ordinamento totale. Questa totalità permette di soddisfare il postulato epistemologico¹²⁵ della conoscenza unitaria del fenomeno giuridico.

Si configura quindi un ordine giuridico universale di natura monista fondato sul primato del diritto internazionale sui diritti statali. La sovranità dello stato viene considerata come un'ipotesi del pensiero cosciente riconducibile al diritto positivo, inteso come sistema normativo unitario ed esclusivo derivante dalla norma fondamentale ipotetica ed universale.

La scienza del diritto kelseniana, in quanto teoria scientifica e complesso di proposizioni coerenti, viene chiamata a svolgere il compito di promuovere un'idea che rappresenti il massimo dell'eticità, l'idea di uno stato universale, trasposizione della pace perpetua postulata da Kant¹²⁶. Rovesciando la tesi che vedeva negli stati gli esclusivi destinatari delle norme giuridiche¹²⁷ internazionali, il giurista viennese sostiene che i soggetti di diritto internazionale e quindi i destinatari delle sue norme, siano analoghi a quelli delle norme di diritto statale. Da quanto fin ora osservato è possibile comprendere come l'analisi kelseniana del concetto di sovranità si leghi strettamente alle tesi che attengono la natura dei rapporti tra ordinamento internazionale ed ordinamenti statali. Kelsen parte dalla premessa che la questione dei rapporti tra ordinamenti non possa essere risolta impiegando una normazione giuridica positiva, in quanto anche il ricorso ad un'eventuale forma di regolazione giuridica presupporrebbe comunque una decisione circa

¹²⁴ H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p.165, H. KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello stato*, Torino, 2004, p.36-37, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino,1966, p. 371.

¹²⁵ «Il sistema giuridico unitario -l'ordine delle norme- è di conseguenza il risultato del metodo logico trascendentale del conoscere puro, indirizzato al giuridico sulla base di un'ipotesi produttiva originaria, di un postulato epistemologico che non può non avere come il sistema unitario e coerente delle norme, il carattere della ipoteticità e della idealità.» H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, p. XV.

¹²⁶ I. KANT, *Per la pace perpetua*, Roma, 1992.

¹²⁷ L'idea di fondo è che oggetto del diritto internazionale siano i comportamenti degli stati, mentre oggetto del diritto interno siano i comportamenti degli individui.

l'ipotesi di cui avvalersi ai fini della determinazione della natura del rapporto fondamentale che intercorre tra i due sistemi di norme¹²⁸.

Qualsiasi tipo di approccio analitico ad una relazione interordinamentale deve necessariamente ricondursi in modo stretto:

- alla dottrina delle fonti dei due ordinamenti ed alle loro reciproche relazioni;
- alla determinazione dell'argomento o oggetto normativo dei due sistemi e all'ipotesi di una eguaglianza o differenza di questo oggetto;
- al soggetto della norma.

Il fondamento di validità di un ordinamento è dato da una fonte presupposta come originaria e suprema da cui derivano tutte le norme che ad essa vanno poi ricondotte. Da essa origina l'ordinamento ed è in essa che risiede il *principium individuationis*, la particolarità di un ordinamento come sistema di norme. Determinante ai fini della caratterizzazione di un ordinamento, non è secondo Kelsen il suo contenuto, bensì la fonte da cui esso promana. Se due sistemi di norme presentassero in tutto o in parte lo stesso oggetto normativo, qualora fosse possibile presupporre la loro contemporanea validità ed indipendenza, se tra essi non venisse a crearsi un rapporto unitario, ne deriverebbe un conflitto irrisolvibile. Per il giurista viennese due sistemi risultano essere confrontabili solo e soltanto se entrambi appartengono ad uno stesso ordinamento che li ricomprende in unità¹²⁹. Delle possibili relazioni che possono instaurarsi tra ordinamento statale ed internazionale,¹³⁰ Kelsen prende in analisi i rapporti di sovraordinazione/sottordinazione e quelli di coordinazione. Se un ordinamento B, trae fondamento di validità dalla norma fondamentale dell'ordinamento A, significa che la norma fondamentale di A è parte di B. Se lo stesso discorso è replicabile per gli

¹²⁸ H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, p.152.

¹²⁹ «Non bisogna mai stancarsi di sottolineare che l'unità dell'ordinamento è l'assioma fondamentale di ogni conoscenza normativa. Mai per esempio il giurista può affermare accanto ad una norma giuridica di contenuto *a*, una norma morale vigente di contenuto *non a*». H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, p. 163.

¹³⁰ Secondo Kelsen gli elementi necessari alla qualificazione di un ente come stato sono il territorio, il popolo e la potestà d'imperio che le autorità di vertice devono essere in grado di esercitare in modo effettivo in riferimento ad una certa comunità sociale. E' questo il principio di effettività, principio di diritto internazionale, basilare per la qualificazione di un ente, come soggetto di diritto internazionale. In particolare l'individuo o il gruppo di individui in grado di ottenere obbedienza permanente all'ordinamento coercitivo da essi stabilito, costituisce una forma di autorità legittima.

ordinamenti C, D, ed E, è possibile affermare che questi ultimi sono ordinamenti parziali compresi dentro A. Quindi l'ordinamento A sarà sovraordinato a quelli B, C, D ed E, che invece, risultano essere tra loro coordinati¹³¹ e ricompresi dentro l'ordinamento totale A. Posto che un ordinamento è sovrano se trae la propria validità da sé stesso, ovvero, se costituisce un ordine supremo in quanto la sua norma fondamentale non appartiene a nessun altro ordinamento, unico ordinamento sovrano è l'ordinamento internazionale, poiché attraverso la norma sull'effettività, stabilisce quali siano le sfere di validità giuridica dei singoli stati e quindi il loro ambito territoriale, elemento essenziale ai fini della qualificazione di un ente quale stato¹³². Kelsen teorizza un sistema monistico, unitario, chiuso¹³³ e privo di contraddizioni¹³⁴. Si tratta di un sistema normativo universale composto dall'ordinamento internazionale e dagli ordinamenti parziali dei singoli stati. Per Kelsen le relazioni tra ordinamenti possono assumere due tipi di configurazioni: la prima si basa su un rapporto di indipendenza e separazione, la seconda su un rapporto gerarchico in cui o il diritto statale risulta sovraordinato a quello internazionale, oppure è il diritto interno ad essere sovraordinato a quello internazionale¹³⁵. La teoria dualista (che sfocia poi secondo Kelsen in una forma di monismo con primato del diritto statale) per come elaborata da Heinrich Triepel,¹³⁶ si fonda sull'assunto che ordinamenti statali ed ordinamento

¹³¹ Istante tra loro relazioni giuridiche paritarie.

¹³² H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p.164 ss., H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Milano, 2009.

¹³³ Secondo Kelsen un sistema unitario di norme deve necessariamente essere chiuso, ovvero, *non è capace in sé e per sé di un ampliamento o di una modifica*. Sia l'ambito di validità sia la durata della validità delle singole norme possono essere giudicati solo secondo le disposizioni di questo ordinamento, non è possibile che al complesso di norme si aggiunga per così dire dall'esterno una norma nuova che modifichi il contenuto complessivo del dovere posto dall'ordinamento.

¹³⁴ Il principio di unità che informa il sistema giuridico universale si esplica nella impossibilità di contraddizioni logiche tra il contenuto delle norme del sistema internazionale e dei sistemi interni. Nell'ipotesi di un ordinamento inferiore fondato sul rinvio, autorizzazione o delega illimitata da parte dell'ordinamento superiore, se una norma del sistema inferiore si ponesse in contrasto con l'ordinamento superiore sua fonte, tale norma sarebbe da considerare nulla. In caso, invece, di delegazione limitata, se si creasse un contrasto tra norma successiva dell'ordinamento delegato e norma dell'ordinamento delegante in un ambito di competenza del sistema inferiore, si applicherebbe il principio della *lex posterior derogat priori*. H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p.166-167.

¹³⁵ H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p.176 ss., H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, p.364.

¹³⁶ «Il diritto internazionale ed il diritto interno non sono soltanto due diverse branche del diritto, ma sono anche due ordinamenti giuridici differenti. Sono due circoli che al più si toccano, ma non si intersecano mai» H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, (Traduzione italiana a cura di G.C. BUZZATI), Torino, 1913, p.111.

internazionale costituiscono entità distinte e separate in quanto promananti da fonti diverse e disciplinanti rapporti giuridici differenti¹³⁷.

Entrambi sono contemporaneamente validi ma, al contrario di quanto postula Kelsen, non vengono considerati come appartenenti ad uno stesso sistema. Secondo Triepel la fonte del diritto statale è la volontà dello stato che proiettata all'esterno, confluisce nel trattato-accordo¹³⁸ internazionale concepito come volontà¹³⁹ comune o totale¹⁴⁰. Inoltre, mentre il diritto statale è ritenuto idoneo a disciplinare gli affari domestici del paese, il diritto internazionale avrebbe competenza sulle materie che afferiscono con gli affari esteri.

Dal canto suo Triepel ammette la possibilità di conflitti¹⁴¹ tra norme interne e internazionali nel senso che *l'antitesi tra diritto internazionale e diritto interno non può consistere in un'antitesi tra le fonti, ma in un'antitesi fra i rapporti sociali regolati dalla stessa fonte, in quanto il diritto internazionale considera come subietti di rapporti disciplinati giuridicamente i soli stati, il diritto interno invece considera stati ed individui ovvero i soli individui*¹⁴².

Secondo l'autore è, infatti, impossibile che tra le due fonti esista un rapporto di

¹³⁷ Il diritto statale regola i rapporti tra singoli esseri umani come sudditi dello stato ed anche i rapporti dello stato con i suoi sudditi, il diritto internazionale regola invece le relazioni tra stati come soggetti paritari. TRIEPEL, *op. ult. cit.* p.14-15.

¹³⁸ «Un trattato dunque non è mai strumento adatto a fare sorgere diritto interno. Esso può fornire e fornisce assai spesso l'occasione di crearlo; ma il sorgere del diritto all'interno dello stato è dovuto sempre ad un apposito atto di volontà dello stato distinto e separato dagli atti da esso compiuti partecipando alla formazione del diritto internazionale. [...] Il trattato non crea diritti e doveri che tra gli stati. Se si vuole che i sudditi godano effettivamente dei vantaggi derivanti dal trattato, o se per l'osservanza del trattato è necessario che mantengano una determinata linea di condotta, questo risultato non si può altrimenti raggiungere se non col mezzo che ciascuno degli stati singolarmente emani le relative autorizzazioni, i relativi comandi e divieti agli individui a sé subordinati». TRIEPEL, *op. ult. cit.* p.119.

¹³⁹ «La volontà di un solo stato non può essere fonte di diritto internazionale. Né la legge di uno stato da sola né più leggi per avventura concordanti di vari stati sono di per sé capaci di imporre regole di condotta ai membri, coordinati tra loro in regime di eguaglianza, della comunità degli stati; anche dalla legge di uno stato composto di parecchi altri stati, (intendo riferirmi soltanto allo stato federale e non penso nemmeno all'utopia dello stato universale) non potrebbe scaturire che diritto interno mai diritto internazionale. [...]». Secondo l'autore capace di creare diritto internazionale è una volontà collettiva o comune risultante dall'unione delle singole volontà statuali ricondotta ad unità mediante il consenso. TRIEPEL, *op. ult. cit.* p.33-34.

¹⁴⁰ Kelsen osserva, come nella teoria dualista è sempre nello stato che trovano il loro fondamento di validità i due ordinamenti, da qui l'errata ipotesi di due differenti Grundnorm. I sostenitori del dualismo sbaglierebbero, inoltre, nel riferirsi all'esistenza di una volontà in senso psicologico, mentre corretto sarebbe parlare di una volontà normativa espressione di dovere.

¹⁴¹ L'ammettere l'esistenza di conflitti è per Kelsen indice dell'impossibilità di pervenire all'unità di diritto internazionale e diritto statale, in quanto non è ipotizzabile un unico sistema descrivibile in proposizioni giuridiche non contraddittorie. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p.364.

¹⁴² TRIEPEL, *op. ult. cit.*, p.129.

concorrenza in quanto i rapporti disciplinati da una fonte sono sempre sottratti al dominio dell'altra. Tra diritto internazionale e diritto interno non sono neppure ipotizzabili rapporti di coordinazione o di subordinazione. La coordinazione da parte di una terza fonte superiore ad entrambe, viene ad essere esclusa dalla circostanza che vede il diritto internazionale essere generato dalla formazione di una volontà comune in cui è compresa la volontà dello stato singolo.

Da qui la conseguenza per cui la fonte del diritto interno non può occupare una posizione preminente rispetto alla fonte di diritto internazionale e viceversa, nel senso che l'efficacia giuridica delle norme stabilite da una fonte non dipendono dalla volontà dell'altra¹⁴³. Triepel sottolinea dunque come una legge posteriore non possa derogare ad una norma di diritto internazionale anteriore in quanto la norma successiva abroga la precedente solo quando deriva "dallo stesso legislatore" o da "un legislatore superiore".

L'autore osserva, inoltre, come nemmeno il diritto internazionale sia preminente rispetto al diritto interno o tale da costituirne il fondamento di validità, in quanto ordinamenti reciprocamente indipendenti.

Tale affermazione viene però temperata dalla circostanza che vede il diritto internazionale essere creato dal concorso di più volontà statali, cosicché rispetto al diritto che emana dalla volontà di un singolo stato, il diritto internazionale può essere considerato come un *diritto di ordine superiore*¹⁴⁴. In ragione del postulato della separazione degli ordinamenti, qualora una norma statale confliggesse con una internazionale, la norma statale continuerebbe a conservare la sua validità nell'ambito nazionale configurandosi solo una responsabilità internazionale dello stato per inadempimento di un obbligo internazionale¹⁴⁵. In particolare secondo Triepel *soltanto il diritto interno conforme al diritto internazionale è abolito da altro diritto interno contrario, anche se questo si metta in contraddizione con le*

¹⁴³ TRIEPEL, *op. ult. cit.*, p.255.

¹⁴⁴ TRIEPEL, *op. ult. cit.*, p. 256. Analoghe considerazioni sono rinvenibili in D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, IV edizione, Padova, 1964, p.52.

¹⁴⁵ «Il dovere del suddito dello stato di obbedire alla legge dello stato sia essa conforme o difforme dal diritto internazionale, è assoluto e incondizionato. Il suddito non è né tenuto né autorizzato a badare se il diritto interno armonizzi con il diritto internazionale. La legge interna contraria a questo diritto è per lui obbligatoria altrettanto quanto quella che gli è conforme. Tale è pure ogni altro atto dello stato, la sentenza giudiziale, l'ordine dei funzionari amministrativi, purché conforme alla legge interna». TRIEPEL, *op. ult. cit.* p.259

*norme di diritto internazionale*¹⁴⁶. Kelsen contesta, inoltre, gli assunti da cui muove la teoria dell'auto-obbligazione originariamente formulata dal Jellinek.

Lo stato dopo avere riconosciuto¹⁴⁷ l'ordinamento internazionale, decide autonomamente di autobbligarsi al rispetto delle norme internazionali in riferimento a determinati campi materiali: in questa obbligazione si esprime la subordinazione dell'ordinamento internazionale a quello statale.

Jellinek ispirandosi al pensiero di Hegel, sviluppa la dottrina del diritto internazionale inteso come diritto statale esterno¹⁴⁸. Nella filosofia del diritto hegeliana la sovranità dello stato riveste un ruolo centrale. Lo stato viene paragonato a Dio e viene esclusa l'ipotesi di un ordinamento internazionale ad esso sovraordinato. Lo stato sovrano decide di obbligarsi al rispetto del diritto internazionale sulla base di una propria statuizione, cosicché il diritto internazionale diviene parte del diritto statale ed è quest'ultimo ad affermare il proprio primato sull'ordinamento internazionale¹⁴⁹.

Kelsen critica tale visione dei rapporti tra ordinamenti definendola pseudo-dualistica in quanto, se prima si sforza di arrivare ad una dimostrazione della inderivabilità e della supremazia del singolo ordinamento statale considerandolo sovrano, fa poi immediatamente un passo indietro vedendosi costretta ad ammettere il postulato di un ordinamento giuridico internazionale superiore agli ordinamenti statali. Fondandosi sul principio della separazione degli ordinamenti e non permettendo di ricondurre ad unità diritto internazionale e diritto statale,

¹⁴⁶ In senso conforme si è espresso Anzilotti osservando come «Se una norma interna prescriva cosa contraria ai doveri internazionali dello stato [...] questa circostanza non influisce minimamente sull'efficacia obbligatoria della legge nell'ordine interno». D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1923, p.32.

¹⁴⁷ Secondo la teoria del riconoscimento, l'ordinamento internazionale è applicabile all'ordinamento statale solo se quest'ultimo lo riconosce come tale. Kelsen considera tale teoria e quella dell'auto-obbligazione come ipotesi prive di scientificità. «Il diritto internazionale positivo non fa dipendere la propria validità per uno stato, dal riconoscimento da parte di quello stato. Quando nasce un nuovo stato questo riceve immediatamente, secondo il diritto internazionale tutti gli obblighi imposti e tutti i diritti conferiti ad uno stato da questo ordinamento giuridico, indipendentemente dal riconoscimento o meno del diritto internazionale da parte dello stato». Il diritto internazionale fa dipendere la sua applicazione al rapporto tra due comunità, solo dal fatto che esse si riconoscono reciprocamente come stati, in tal senso il riconoscimento reciproco di comunità quali stati presuppone la validità del diritto internazionale. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p.386-387.

¹⁴⁸ La concezione del diritto internazionale come diritto statale esterno è stata condivisa anche dal Triepel. Per un'analisi critica delle posizioni di Kelsen in merito, cfr. BALLADORE- PALLIERI, *op. ult. cit.*, p.37.

¹⁴⁹ Sulla teoria del primato del diritto statale vedi H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p.365 ss.

l'impostazione dualista, fa venire meno il principio di unità, presupposto fondamentale di ogni conoscenza normativa¹⁵⁰. Secondo il giurista viennese la costruzione dualistica si spinge verso l'autoannullamento a causa della concezione secondo cui la validità del diritto internazionale per uno stato deriva dallo stato medesimo. Se, infatti, il diritto internazionale è considerato valido soltanto come elemento costitutivo di un ordinamento giuridico statale, esso non può essere un ordinamento giuridico diverso da quest'ultimo, nè la sua validità può essere considerata da esso indipendente, in tal senso non ci può essere alcun conflitto fra loro, perché entrambi si fondano sulla volontà del medesimo stato¹⁵¹.

Per quanto concerne la teoria dell'auto-obbligazione, uno stato non può contrarre obblighi se non sia stato autorizzato a farlo dall'ordinamento superiore che su esso andrà a prevalere¹⁵². Allo stesso modo è sbagliato pensare, alla luce dell'evidente onnicomprensività degli ambiti disciplinabili dall'ordinamento internazionale, ritenere che i due sistemi abbiano oggetti diversi, infatti, l'ordinamento internazionale e in special modo le norme dei trattati, possono regolare qualsiasi materia e quindi anche materie tradizionalmente disciplinate dallo stato. Il diritto internazionale per Kelsen limita la sfera materiale di validità del diritto statale¹⁵³.

Stesso discorso vale per quanto attiene i destinatari delle norme: Kelsen non condivide la tesi dualista per la quale, mentre gli individui sarebbero i destinatari del diritto statale, destinatari del diritto internazionale devono essere considerati esclusivamente gli stati. Il diritto, infatti, non è altro che l'ordinamento del comportamento umano ed in quanto tale, esso ha ad oggetto i comportamenti

¹⁵⁰ A giudizio di Kelsen l'esistenza di un obbligo internazionale a carico di uno stato, presuppone, oltre che un'autorizzazione statale diretta ai suoi organi affinché tengano determinati comportamenti previsti dal diritto internazionale, anche il riconoscimento dell'obbligo internazionale quale parte dell'ordinamento statale, oppure il riconoscimento dell'ordinamento giuridico statale quale parte di quello internazionale.

¹⁵¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p.368. Nella visione di Kelsen il diritto statale trova il proprio fondamento di validità nella Grundnorm, mentre il fondamento di validità (ed anche la definizione delle sfere di validità) del diritto internazionale è dato dal principio di effettività chiamato a delimitare le sfere di validità materiale, temporale e personale degli stati. In tale prospettiva le norme fondamentali dei singoli stati, essendo determinate da una norma di diritto internazionale sono norme fondamentali in senso relativo. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p.373.

¹⁵² «E' sbagliato distinguere il caso della subordinazione dello stato al diritto internazionale per obbligazione o comando, da quello per autorizzazione o attribuzione di capacità. Il comando è sempre anche autorizzazione o attribuzione di capacità, o presuppone autorizzazione o attribuzione di capacità dalla stessa fonte superiore.» Tale delegazione si basa su una norma in bianco di diritto internazionale. H. KELSEN, *Il problema della sovranità*. p. 213.

¹⁵³ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 355 e p. 369.

degli uomini. Nel caso in cui si prenda in considerazione il diritto internazionale, le sue norme sono in via ordinaria rivolte agli stati, ma possono in via eccezionale essere indirizzate anche agli individui che rilevano giuridicamente come soggetti di diritto internazionale. Conferma ne è data dal fatto che norme consuetudinarie e pattizie attribuiscono sempre più spesso la titolarità di situazioni giuridiche soggettive passive ed attive, direttamente in capo agli individui–persone giuridiche- che in caso di violazioni di norme internazionali sono chiamati a rispondere personalmente anche quando agiscono come organi dello stato. A corollario della sua costruzione dello stato mondiale, Kelsen si spingerà fino al punto di auspicare la creazione di una giurisdizione internazionale accentrata, in grado di mettere a frutto in una dimensione più ampia, gli esiti positivi prodotti dal Tribunale di Norimberga¹⁵⁴.

Per quanto attiene le ipotesi di conflitti normativi, Kelsen critica quella dottrina - da lui in passato condivisa- sostenitrice del primato del diritto internazionale e della tesi della nullità della norma interna successiva, in contrasto con la norma internazionale. Ammesso che un conflitto sorga, andrebbe a configurarsi secondo Kelsen solo una condizione di annullabilità¹⁵⁵ della norma statale contrastante, sempre che l'ordinamento statale o internazionale preveda un procedimento di annullamento, che in quel momento storico non era ad ogni modo contemplato dall'ordinamento internazionale. Kelsen va così a confermare la sua tesi dell'inammissibilità di conflitti tra norme appartenenti ai due ordinamenti, tesi che

¹⁵⁴ H. KELSEN, *Il problema della sovranità..*, XL, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p. 361: «Nei casi in cui il diritto internazionale impone direttamente dei doveri agli individui, prevale invece il principio della responsabilità individuale essendo le sanzioni dirette contro una persona determinata individualmente dal diritto internazionale, e non contro lo stato a cui tale individuo appartiene come suddito. Le sanzioni sono determinate direttamente dal diritto internazionale, come nel caso di violazione del blocco e di trasporto di contrabbando di guerra: la sanzione consiste qui nella cattura e confisca della nave e del suo carico. Oppure la sanzione è determinata indirettamente dal diritto internazionale, come nel caso di pirateria e di atti di belligeranza illegittima: il diritto internazionale autorizza qui gli stati a punire gli individui che abbiano violato le regole relative al diritto internazionale e lascia agli stati la determinazione della pena, nonché del procedimento mediante il quale si debba infliggere la pena ai colpevoli.» Ne *La dottrina pura del diritto*, p.359, Kelsen osserva come, nella stessa misura in cui il diritto internazionale penetra con la sua regolamentazione in materie tipicamente regolate dagli stati, si rafforza necessariamente la sua tendenza ad attribuire direttamente diritti e doveri agli individui. In tal senso alla responsabilità collettiva ed oggettiva deve subentrare la responsabilità individuale fondata sulla colpa a cui si affiancherà la formazione di organi centrali per la produzione e l'esecuzione di norme giuridiche. Kelsen riferisce tale accentramento, *in primis* alla creazione di una giurisdizione internazionale.

¹⁵⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p.375.

sosterrà fino alla pubblicazione della voce *Souveränität*, del 1962¹⁵⁶.

Nel *Problema della sovranità*, dopo avere dedicato ben due capitoli della sua monografia ai “due monismi”, Kelsen, non prende esplicitamente partito per nessuna delle due teorie, in quanto ciò che *in primis* gli interessava dimostrare, era l’esistenza di un sistema unico e unitario in cui diritto internazionale e diritto statale si fondevano in un *unicum* privo di contraddizioni (almeno nelle prime fasi della sua produzione scientifica). La preferenza circa il primato del diritto statale o di quello internazionale attiene la sfera delle decisioni politiche ed ideologiche che sono avulse alla scienza giuridica, da qui la scelta di Kelsen di mantenere a tal proposito una posizione avalutativa. In realtà potremmo definire la sua posizione formalmente avalutativa ma sostanzialmente a favore del primato del diritto internazionale, in quanto marchiando con l’etichetta della “non scientificità” sia la teoria dell’autobbligazione che quella del riconoscimento, l’autore ne esclude totalmente la validità e lascia al lettore il compito di trarre le dovute conclusioni a sostegno della tesi del primato del diritto internazionale¹⁵⁷.

Nella costruzione Kelseniana il diritto internazionale assume il compito di aggregare gli stati presenti in tutto il mondo garantendone la convivenza pacifica attraverso la fissazione di regole a tutti applicabili. Stabilendo le sfere di validità¹⁵⁸ territoriale, personale e temporale¹⁵⁹ dei singoli stati, l’ordinamento

¹⁵⁶ «Due norme che ricollegano una sanzione l’una, ad un determinato comportamento, l’altra al comportamento contrario, possono essere valide l’una accanto all’altra ed applicate entrambe». Secondo Kelsen è auspicabile la creazione di un’istituzione che renda possibile l’annullamento della norma contraria al diritto internazionale. H. KELSEN, *Souveränität*, Wörterbuch des Völkerrechts in drei Bänden, hrsg. von H.-J. Schlochauer, Bd. III, , Berlino 1962, pp. 278-285.

¹⁵⁷ H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p. XLIII-XLV, e p.464 «Senza voler prendere una decisione sulle concezioni del mondo, bisogna però sottolineare che la concezione giuridica soggettivistica, non può non portare ad una negazione del diritto in generale e quindi della conoscenza giuridica». Vedi anche H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p. XXXV e p.376 «Un’efficace organizzazione giuridica mondiale è possibile accettando tanto l’una quanto l’altra costruzione».

¹⁵⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p.370-371 e H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p.355.

¹⁵⁹ Kelsen considera inizialmente la norma internazionale *pacta sunt servanda* quale norma fondamentale dell’ordinamento internazionale:«*Pacta sunt servanda* merita in pieno con le altre leggi fondamentali del diritto internazionale, il nome di statuto, cioè di uno statuto giuridico nel senso di un presupposto oggettivamente necessario di norme giuridiche, di un’ipotesi per la quale si rende possibile per primo un diritto internazionale di una comunità di enti coordinati.» H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p.317. Successivamente nella *Théorie du droit International coutumier*, Revue internationale de la théorie du droit, Nouvelle série, Vol.I, 1939, p.258, Kelsen rivedrà la sua posizione considerando tale norma semplicemente quale consuetudine internazionale e attribuendo il ruolo di Grundnorm al principio di effettività. Tale assunto verrà ribadito anche in seguito: H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto (1934)*, Torino, 1966, p.369, H. KELSEN, *Teoria*

internazionale argina le spinte alla sopraffazione reciproca ed escludendo la possibilità di riconoscere un plus- valore ad uno stato rispetto ad un altro, li pone tutti sul medesimo piano giuridico.

L'ordinamento internazionale, non è, infatti, una forma di diritto statale esterno, in quanto trovando fondamento in sé stesso e non negli stati, è dotato di validità in senso oggettivo. In tal senso Kelsen condivide la posizione di Kalternborn quando afferma che il diritto internazionale costituisce il "principio oggettivo" della vita giuridica internazionale, in contrapposizione a quello statale che coincide con la manifestazione del principio soggettivo. A Von Kalternborn¹⁶⁰, Kelsen, attribuisce, inoltre, il merito di essere riuscito a conferire dei contenuti positivi alla teoria giusnaturalistica della *civitas maxima* sviluppata da Christian Wolff, nonchè di avere posto ordinamento internazionale e ordinamento statale sullo stesso piano¹⁶¹.

Wolff riconobbe ed affermò per primo il primato dell'ordinamento giuridico internazionale dal punto di vista della teoria pura del diritto¹⁶². Secondo il filosofo, le norme di diritto internazionale costituiscono un ordinamento giuridico universale superiore agli ordinamenti giuridici statali e tale da identificarsi con l'ipotesi di una comunità universale superiore agli stati. Avendo questa comunità, la stessa natura dei singoli stati può essere indicata come personificazione dell'ordinamento giuridico mondiale o universale, come *stato mondiale o universale, come civitas maxima*. In tal modo, a detta di Kelsen, viene riconosciuta oltre all'identità e all'unità dell'ordinamento internazionale e degli ordinamenti statali, anche il suo carattere di persona giuridica suprema, ovvero, la sua sovranità.

Sebbene l'unità del diritto costituisca un postulato di natura teoretica, l'evoluzione della tecnica giuridica sembra, nell'opinione di Kelsen, tendere in direzione di una

generale del diritto e dello stato (1945), Milano, 2009, p.376-380. Per una critica all'evoluzione del pensiero kelseniano sulla norma fondamentale internazionale vedi B. PARADISI, *Civitas maxima: studi di storia del diritto internazionale*, Vol. I, Firenze 1974, , p.10 ed anche P. PIOVANI, Voce "Effettività (principio di)", Enc. dir., Vol. XIV, Milano, 1965.

¹⁶⁰ Del pensiero di Von Kalternborn, Kelsen non condivide la possibilità di pervenire ad una conciliazione del principio oggettivo con quello soggettivo, nonchè la negazione dell'esistenza di uno stato universale quale forma organizzativa sottesa all'ordinamento internazionale. H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p.366 ss.

¹⁶¹ Cfr. D. ZOLO, *La pace internazionale attraverso il diritto internazionale*, in I signori della pace, Roma, 1998.

¹⁶² H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, p. 366 ss.

progressiva cancellazione della linea di confine tra diritto internazionale e diritto dei singoli stati.

Sulla base di queste valutazioni Kelsen perviene alla conclusione secondo cui fine ultimo del diritto deve essere l'organizzazione unitaria di una comunità giuridica mondiale, ovvero, la formazione di uno stato mondiale¹⁶³.

Il giurista viennese si avvale di queste premesse filosofiche e giuridiche per dimostrare infine, come dietro alle due costruzioni moniste del primato del diritto statale e del primato del diritto internazionale, si celino in realtà due diverse concezioni del mondo, ovvero, due differenti visioni delle relazioni tra stati.

La concezione del primato del diritto statale, si fonda sull'idea che il singolo stato conservi intatta la propria sovranità¹⁶⁴ nel contesto internazionale. Essa muove dal presupposto che ogni singolo paese possa, alla luce di calcoli egoistici fondati sulla logica della "pura potenza", ingerire in vario modo negli affari di altri paesi, non riconoscendo quindi al diritto internazionale la funzione chiave di sistema normativo volto alla regolazione della convivenza pacifica tra gli stati.

Da qui la conclusione secondo cui mentre la teoria del primato del diritto statale si porrebbe quale baluardo delle politiche imperialiste sostenute dai paesi occidentali a scopo espansionistico, la teoria del primato del diritto internazionale guarderebbe, invece, ad un contesto mondiale pacificato in cui ciascuno stato, oltre a rispettare le sfere di validità territoriale sancite dalle norme internazionali, riconoscerebbe all'ordinamento internazionale una posizione sovraordinata al proprio sistema normativo, permettendogli di imporsi sugli ordinamenti statali, anche qualora essi vengano a contrastare con quest'ultimo.

¹⁶³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, p. 360.

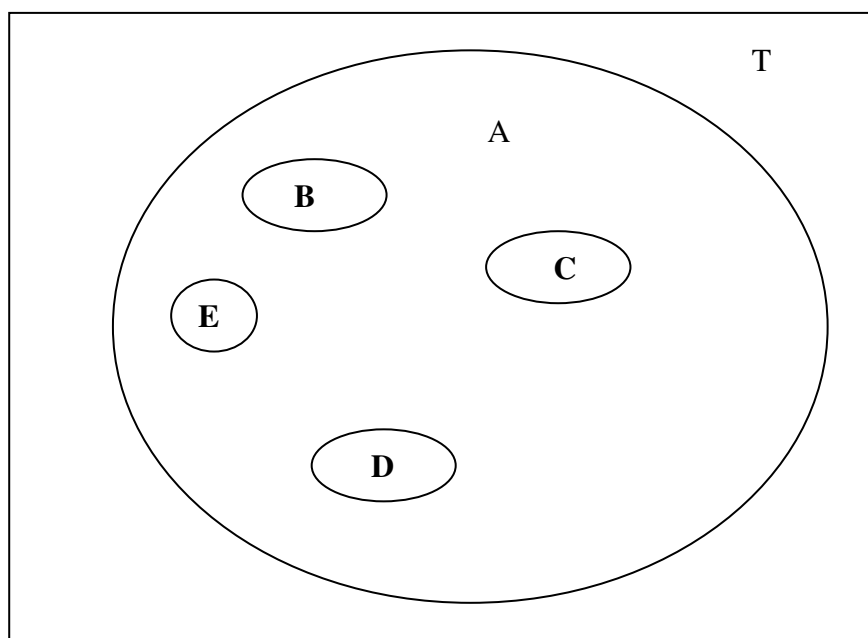
¹⁶⁴ Ragionando sulle premesse postulate dai sostenitori del dualismo, Kelsen arriva a concludere che l'ammettere la sovranità statale implicherebbe il riconoscimento dello stato sovrano posto all'origine dell'ordinamento internazionale. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, p.390-391.

COSTRUZIONE MONISTA CON PRIMATO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE SUI DIRITTI STATALI

A = ordinamento internazionale

B, C, D, E, Nn.. = ordinamenti statali delegati dall'ordinamento A

$A + (B+C+D+E+Nn..) = T$ ordinamento totale



1.9. IL PRINCIPIO PLURALISTA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Il principio pluralista costituisce una delle garanzie costituzionali qualificanti la forma di stato dell'ordinamento italiano¹⁶⁵. La forma di stato sociale che trova nella Costituzione del 1948 il suo fondamento, rappresenta il superamento di quell'individualismo di matrice liberale che, postulando un rapporto diretto tra stato e individuo, intravedeva nei corpi intermedi, dei soggetti capaci di mettere in discussione gli assetti di potere costituiti e per questa via, di compromettere l'egemonia borghese all'interno della società liberale.

All'individuo, da singolo immediatamente imputabile di diritti e di doveri in relazione con l'autorità costituita, subentra una concezione personalista che lo pone destinatario di una molteplicità di relazioni da cui prendono forma organizzazioni autonome dallo stato e a loro volta titolari di diritti¹⁶⁶. Il concetto di persona¹⁶⁷ ed i valori ad esso riconducibili rappresentano quel nucleo assiologico primigenio, quel *dover essere* o quell'*a priori* positivo senza il quale non è possibile concepire una democrazia pluralistica, vale a dire una democrazia che, lungi dall'esaurirsi nel mero parlamentarismo o nel principio di maggioranza, limita piuttosto lo strapotere di questi con una serie di garanzie a tutela del pluralismo sociale e istituzionale. In tal senso viene garantito il valore primario della persona considerata sia singolarmente che come parte di formazioni sociali. Intesa come unità di relazioni sociali *emancipate dal dominio*, la tutela della persona si pone in un rapporto di diretto condizionamento con la più generale garanzia dell'autodeterminazione collettiva, quella della democrazia¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cfr. C. MORTATI, *La persona, lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, p. 32.

¹⁶⁶ V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in, *Manuale di diritto pubblico I*, G. AMATO A. BARBERA (a cura di), p.101. Tale posizione è stata messa in discussione da una parte della dottrina. Per un'analisi esaustiva si rimanda ad A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili"* in *Enciclopedia Giuridica Vol. XI*, Treccani 1989, p. 17.

¹⁶⁷ Il principio pluralista deve essere letto in stretta correlazione con il principio personalista in cui è anzitutto contenuta una priorità di valore: non la persona è per lo Stato, ma lo Stato è per la persona; fine ultimo dell'organizzazione sociale deve essere lo sviluppo di ogni singola persona umana. I diritti dei singoli non sono però illimitati. Allo scopo di conseguire finalità di interesse generale, i poteri pubblici hanno la possibilità, attraverso mezzi legali, di imporre limiti, vincoli e sanzioni; la stessa Costituzione pone accanto ai diritti inviolabili i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Al principio personalista deve, inoltre, accostarsi il principio di eguaglianza enunciato nel primo comma dell'art.3 Cost. che sancendo la pari dignità sociale di tutti i cittadini, fa riferimento alla persona in quanto tale. V. ONIDA, *op. ult. cit.* p.100.

¹⁶⁸ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili"* in *Enciclopedia Giuridica Vol. XI*, Treccani 1989, p.16.

L'articolo 2 stabilisce che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità¹⁶⁹.

Le formazioni sociali vengono riconosciute e garantite a livello costituzionale non come tali, ma nella misura in cui consentano e favoriscano il libero sviluppo della persona¹⁷⁰ o nella misura in cui garantiscano la tutela di *interessi diffusi*¹⁷¹ rilevanti costituzionalmente¹⁷².

¹⁶⁹ L'articolo 2 tutela i diritti inviolabili anche all'interno delle formazioni sociali e negli ordinamenti speciali. Vedere sentenza Corte cost. 132/1985 in particolare punto 4,1 del considerato in diritto. «I diritti che s'inquadrano nello schema di questa disposizione costituzionale sono riconosciuti non solo al singolo, ma all'uomo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, ivi inclusa quella naturale società, fondata sul matrimonio, che, secondo la definizione dello stesso costituente, è la famiglia». Ed ancora le sentenze 185/1986 e 8/1996. Per l'ordinamento militare vedere Corte cost. n.126/1985; 37/1992; 449/1999; 332/2000; 445/2002, per l'ordinamento penitenziario n. 349/1993, 26/1999, 341/2006. S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.14.

¹⁷⁰ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili" in Enciclopedia Giuridica* Vol. XI, Treccani 1989, p. 16. Contra vedi C. PINELLI, *Nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità* in I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale, R. BIN E C. PINELLI (a cura di), Torino, 1996, p.209. Pinelli sostiene la non equivalenza della proposizione contenuta nell'articolo 2 dove si parla dell'uomo che "svolge" la sua personalità" in "formazioni sociali" e il "pieno sviluppo della persona umana" dell'art.3 cpv. «Nel primo caso la Costituzione presuppone che, riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo, la sua personalità continui a svolgersi nelle formazioni sociali senza esprimere alcun giudizio sul modo dello svolgimento. Nel secondo caso presuppone, esprimendo un giudizio di valore, che lo sviluppo della persona non potrà essere pieno, ma limitato di fatto, quanto alla libertà e all'eguaglianza dei cittadini, in assenza della rimozione di detti ostacoli da parte dei pubblici poteri».

¹⁷¹ Per la definizione di interesse diffuso vedi T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 4, G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, p. 190, e A. MAZZITELLI, *Libertà di associazione e tutela dell'ambiente: spunti introduttivi*, in I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale, R. BIN E C. PINELLI (a cura di), Torino, 1996, p.189-193. «Il tratto caratteristico comune (agli interessi diffusi) è rappresentato dal fatto di essere riconducibili a valori costituzionali primari, di cui si sono fatti portatori soggetti privati con l'obiettivo di sensibilizzare l'opinione pubblica e non solo, e la cui azione coincide con l'attività dei pubblici poteri». In riferimento al rilievo assunto nel nostro ordinamento dalle maggiori associazioni ambientaliste, l'autore osserva come, se per un verso esse hanno avuto il merito di aver fatto emergere problematiche che la nostra cultura politica e giuridica in parte trascurava, per un altro, il loro riconoscimento, iscrivendosi a pieno titolo nel fenomeno di istituzionalizzazione dei centri di riferimento di interessi privati, ha posto numerosi problemi circa i rapporti tra stato e società e il ruolo delle formazioni sociali. In base al dettato dell'articolo 8 della legge n. 349/1986 in materia ambientale e all'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 641/1987, la legittimazione ad agire per danno ambientale attribuita allo stato ed agli enti territoriali minori,[...] trova fondamento nella loro funzione a tutela della collettività e delle comunità nel proprio ambito territoriale e degli interessi all'equilibrio ecologico, biologico e sociologico del territorio che ad essi fanno capo. Da tali premesse e alla luce della tradizionale interpretazione dell'articolo 24 Cost., la tutela dell'ambiente andrebbe riconosciuta esclusivamente allo stato-persona. In realtà, come ha invece, dichiarato la Corte costituzionale, l'ambiente appartiene alla categoria dei beni liberi fruibili dalla collettività e dai singoli, quindi bene comune e della collettività la cui titolarità andrebbe imputata allo Stato- Comunità nei termini in cui si evince dal combinato disposto degli articoli 9 e 32 Cost., mentre lo Stato- persona ricoprirebbe un ruolo di strumentalità rispetto all'interesse della collettività. Per quanto attiene poi la possibilità di

Secondo parte della dottrina¹⁷³ nel novero delle formazioni sociali a cui è accordata la garanzia costituzionale, devono essere incluse sia le associazioni di carattere volontaristico che gli enti territoriali (regioni, comuni, province)¹⁷⁴.

Diversamente, da altri¹⁷⁵ è stato ritenuto che solo le società intermedie costituite su base volontaria abbiano rilievo costituzionale in ragione dell'assunto che elementi necessari ai fini di tale caratterizzazione siano lo spontaneo costituirsi di un gruppo di individui ed il loro assoggettamento ad un regime di diritto privato.

intervenire nei giudizi per danno ambientale, sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, e di ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi, questa viene riconosciuta soltanto alle associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale ed a quelle presenti in almeno cinque regioni. Tali associazioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente (art. 13,1 e art. 18,3 e 18,4 legge n.349/1986). Facendo leva sul contenuto di alcune pronunce del supremo giudice delle leggi (sent. 7/1972, sent. 8/1962, sent.417/1993), l'autore auspica un riconoscimento più ampio alle finalità delle comunità intermedie a base volontaria carenti della necessaria dimensione nazionale, ovvero, un minore apprezzamento della dote organizzativa a tutto vantaggio della partecipazione e dello sviluppo della persona. «Non si vuole sostenere un indifferenziato accesso ad attività di pertinenza pubblica, ma un atteggiamento restrittivo può tradursi nella chiusura a forme nuove di solidarietà, specie del tipo di quelle che gradatamente si vorrebbero sostitutive degli strumenti tradizionali dello stato sociale».

¹⁷² A. BARBERA, *Articolo 2*, in Commentario della Costituzione, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p.105,109, e S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2008, p.13-14., In senso contrario vedi V. P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, Padova, 1966, p. 43.

¹⁷³ C. MORTATI, *op. ult. cit.* p.79. L'autore sottolinea la difficoltà di mantenere ferma una distinzione tra le due categorie considerato «Il carattere funzionale che anche associazioni di natura privatistica assumono quando abbiano ad oggetto la soddisfazione di esigenze diffuse nella società, e quindi l'interesse dello Stato a qualche controllo e ad interventi nella loro attività e, dall'altra il diffondersi della tendenza a fornire di speciali garanzie costituzionali le autonomie degli enti pubblicistici così da sottrarli all'asservimento del potere centrale e consentire la libera esplicazione di un proprio indirizzo politico». In senso conforme vedi anche T. MARTINES, *op. ult. cit.*, p.505. A. BARBERA, *Articolo 2*, in Commentario della Costituzione, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p.109.

¹⁷⁴ Il carattere pluralista del nostro ordinamento si manifesta, inoltre, attraverso il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali (articolo 5 Cost.). Rispetto allo stato liberale che conserva anche nella sua parentesi fascista una struttura accentrata, lo stato sociale repubblicano si connota, per il suo carattere decentrato, riconoscendo il principio del pluralismo autonomistico e attribuendo agli enti locali una propria potestà normativa. In realtà per vedere concretamente attuato il principio del decentramento, in Italia passeranno più di vent'anni dall'entrata in vigore della Costituzione. Bisognerà aspettare, infatti, il 1970 per vedere attuato l'istituto delle regioni. Si configura così un modello di stato regionale in cui alle regioni viene attribuita una potestà normativa primaria sancita dall'articolo 117: tra le leggi dello stato e quelle delle regioni s'instaura un rapporto di separazione di competenze, entrambi sono, inoltre, sottoponibili al sindacato di costituzionalità da parte della Corte costituzionale. L'articolo 117 per come modificato dalla riforma costituzionale del Titolo V (Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n.3), impone, inoltre, che le leggi dello stato e delle regioni rispettino il limite costituito dagli obblighi comunitari e internazionali.

¹⁷⁵ RESCIGNO, *Persona e comunità*, p. 43.

Parte della dottrina¹⁷⁶ ha poi individuato nell'intermediazione delle formazioni sociali tra apparato e cittadino, un valore e un metodo nuovo di concepire ed esercitare la sovranità. Nelle *democrazie sociali* e nei regimi interventisti succeduti alle democrazie formali di stampo liberale, il pluralismo sociale, diviene una componente necessaria della concezione di una sovranità *dal basso*¹⁷⁷. Altra autorevole dottrina,¹⁷⁸ vede le formazioni sociali quale momento di sintesi nella definizione della volontà politica statale¹⁷⁹. Le formazioni sociali, se da un lato *soddisfano il naturale spirito associativo dell'uomo e consentono la consapevole ed efficiente partecipazione dei singoli alla vita dell'apparato autoritario*, dall'altra pongono in essere delle istanze di difesa rispetto all'arbitrio di questo, in particolare rispetto ad eventuali attacchi che le autorità pubbliche potrebbero perpetrare a danno della persona umana. Le formazioni sociali si caratterizzano, infatti, per la funzione formativa della persona, che sono chiamate a svolgere, da quando dopo la caduta dei regimi aristocratici e totalitari essa è assunta al rango di valore fondativo dello Stato personalista¹⁸⁰. Le Carte dei diritti liberali¹⁸¹ intendevano tutelare l'individuo come monade, ovvero, soggetto astratto che in quel momento storico necessitava di essere liberato dalle *bardature derivanti da un potere politico e da un diritto pubblico autoritario ed onnivadente*¹⁸². Il loro obiettivo era, infatti, quello di stabilire degli spazi di azione individuali, liberi dall'intervento pubblico e porre le premesse per la collocazione giuridica dell'autonomia privata.¹⁸³ Da qui la forte diffidenza che i regimi liberali nutrivano nei confronti delle aggregazioni di natura associativa. Se, infatti, nel periodo

¹⁷⁶ T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, p. 605.

¹⁷⁷ Quest'ultima segnerà un profondo tratto di rottura rispetto alla visione Ottocentesca dei rapporti di potere che erano fondati su una concezione della sovranità proveniente dall'alto.

¹⁷⁸ C. MORTATI, *La persona lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971, p. 75-80.

¹⁷⁹ «Lo stato di massa non potrebbe riuscire al coordinamento dei vari interessi che si manifestano nel suo seno se imponesse esclusivamente dall'alto tale coordinamento e non si giovasse invece del concorso dei gruppi. Infatti la solidarietà, per riuscire vitale, deve scaturire non già dalla artificiosa eliminazione dei motivi di contrasto che esistono nella società, ma, invece, dal dar loro pienezza di espressione». C. MORTATI, *op. ult. cit.* p.76.

¹⁸⁰ C. MORTATI, *op. ult. cit.* p.75-76. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p.1158 ss.

¹⁸¹ Vedi la Costituzione francese del 1791, la Costituzione belga del 1930 e lo Statuto albertino del 1948.

¹⁸² A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili"* in Enciclopedia Giuridica Vol. XI, Treccani 1989, p. 15.

¹⁸³ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili"* in Enciclopedia Giuridica Vol. XI, Treccani 1989, p. 15.

statutario viene garantito il diritto “ad adunarsi pacificamente”¹⁸⁴ risultano al contempo molto estesi i poteri di controllo preventivo e repressivo esercitati dallo stato.

Tali garanzie minime accordate al diritto di riunione, verranno ulteriormente svilite dal regime fascista. Attraverso un’ampia dilatazione degli illeciti associativi e l’introduzione di numerosi controlli di natura amministrativa sulle associazioni, il Fascismo spiana la strada ad una massiccia tutela in positivo di certe categorie di associazioni, che saranno funzionali all’affermazione e al consolidamento del regime, divenendo dei veri e propri strumenti di politica statale¹⁸⁵. Una volta crollato il regime fascista e conclusasi la vicenda bellica, nel corso del processo costituente i Padri fondatori della Repubblica, pur se coscienti del diverso e rilevante ruolo che le formazioni sociali avrebbero dovuto avere nel nuovo assetto ordinamentale, dovettero ugualmente fare i conti con la pesante tradizione culturale e giuridica ereditata dal periodo liberale e dal ventennio¹⁸⁶.

Con l’avvento dello stato democratico si sviluppa una nuova concezione della libertà individuale: la libertà negativa di stampo liberale cede il passo alla libertà positiva che presuppone l’autodecisione individuale e collettiva¹⁸⁷.

La libertà di associazione stabilita all’articolo 18 Cost. è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale meritevole di tutela come diritto inviolabile¹⁸⁸. Principio ispiratore della disciplina costituzionale dell’associazionismo è dato dall’autonomia delle formazioni sociali che viene tutelata attraverso l’astensione dello Stato da interventi limitativi della stessa¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Articolo 32 dello Statuto Albertino.

¹⁸⁵ G. GEMMA, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993, p.89-90.

¹⁸⁶ A tal proposito, interessante risulta la tesi sostenuta dal Paladin secondo cui tra l’ordinamento fascista e il regime statutario non sarebbe intervenuta alcuna frattura radicale e ciò in ragione del fatto che «Le leggi di prima e principalmente lo Statuto hanno continuato a vigere dopo la “marcia su Roma”, venendo soltanto sostituite in questa o quella parte; l’apparato amministrativo ha continuato a funzionare; lo stesso stato Persona ha mantenuto al suo vertice il Re». L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 2007, p. 86.

¹⁸⁷ In sede costituente la componente cattolica si fece sostenitrice di una proposta di valorizzazione delle formazioni sociali quale forma di garanzia della persona umana. A tal proposito vedere intervento dell’Onorevole A. Moro, Atti Assemblea Costituente, seduta del 24 marzo 1947, p. 2416 e intervento On. G. La Pira, Atti Assemblea Costituente, seduta dell’11 marzo 1947, p.1986.

¹⁸⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 239/1984, in particolare punto 8 del considerato in diritto.

¹⁸⁹ Le confessioni religiose, la famiglia, la scuola, le comunità del lavoro e i partiti che si danno ordinamenti autonomi nell’ambito dell’ordinamento statale devono rispettare il principio di eguaglianza formale e di libertà personale. Martines.

L'autonomia delle formazioni sociali presuppone un comportamento o astensivo o omissivo da parte delle autorità. Un regime di tutela diretto, viene previsto in Costituzione e per talune formazioni tipiche: famiglia, confessioni religiose, partiti, sindacati.

L'assetto normativo previsto in materia di formazioni sociali è stato criticato da un'autorevole dottrina¹⁹⁰ che ha accusato i Padri Fondatori di essere stati *accurati nel garantire la libertà di associazione, ma lontani dal porsi seriamente il problema della libertà degli associati, nonché, più portati a garantire l'autonomia delle formazioni sociali dal potere pubblico che la loro partecipazione a tale potere.*

Il limite più grande della disciplina costituzionale delle libertà civili sarebbe da rinvenire nel loro essere libertà dallo stato e quindi regolamentate solo nell'ottica del rapporto autorità-libertà. Un'altra dottrina¹⁹¹ più recente, ha corredato il precedente giudizio critico di alcune attenuanti.

Se per un verso deve essere accolta la tesi che considera la disciplina costituzionale sul pluralismo non corrispondente alle potenzialità che il regime di tutela in positivo delle formazioni sociali sembrava possedere, dall'altro si deve rilevare come, in quella fase della storia costituzionale italiana, non vi fossero le premesse politiche e culturali per la produzione di una normazione che andasse oltre la previsione di tutele in negativo. La propensione verso forme di tutela in positivo delle associazioni che perseguono fini di interesse generale si manifesta nel nostro ordinamento a partire dagli anni Settanta.

Dopo il fallimento dei tentativi di programmazione economica, si allarga in misura significativa quel solco che a causa delle trasformazioni apportate dall'avvento della società industriale e dalle innovazioni tecnologiche, tendeva a segnare una grossa frattura tra lo Stato apparato e la società civile.

A fronte di un profondo mutamento nella composizione sociale e all'emergere di

¹⁹⁰ A. BARBERA, *Articolo 2*, in Commentario della Costituzione, G. BRANCA, (a cura di) Bologna, Zanichelli, 1975, p. 59.

¹⁹¹ «L'esigenza di superare un liberalismo diffidente verso le associazioni, di prevenire un soffocante totalitarismo di fresca memoria, i moduli dominanti del diritto comparato dell'anteguerra e le culture istituzionali proprie delle esperienze liberal-democratiche uniformate al principio della libertà di associazione, le condizioni socio-politiche del tempo e l'assetto dell'associazionismo caratterizzato nel periodo da una sua scarsa incidenza nella dinamica costituzionale: [...] tutto ciò sembra che giustifichi la decisione del Costituente di dare vita ad un regime in negativo delle associazioni». G. GEMMA, *op. ult. cit.* p.108-112.

nuovi bisogni, lo Stato, i partiti e le formazioni sociali tradizionali non riescono a dare delle risposte alla domanda di tutela di interessi diffusi e collettivi.

Se il decennio 1948-1958 è caratterizzato dal ruolo egemonico dei partiti che ricopriranno un ruolo fondamentale nella ricostruzione socio-economica del paese, con la fine degli anni Sessanta, in coincidenza con forti trasformazioni sociali e culturali, si manifesta la crisi del sistema dei partiti di massa.

Crisi che si verifica in concomitanza con l'affermazione di nuovi bisogni di cui si farà portatore il movimento associazionistico, prima su base spontanea e poi su base volontaria.

Tale sviluppo trova un sicuro riscontro in taluni enunciati costituzionali i quali consentiranno alle formazioni sociali su base volontaria di costituirsi e perseguire le proprie finalità¹⁹².

Nel contesto italiano emergono tra gli anni Sessanta e Settanta una serie di nuovi soggetti collettivi impegnati per la difesa di interessi che fino ad allora non avevano avuto voce, come il diritto allo studio, la tutela del lavoro, della salute, dei consumatori, dei cittadini e dell'ambiente.

La costituzione di alcuni movimenti ed i successi da essi ottenuti in quegli anni daranno un forte impulso alla successiva nascita di associazioni che in tempi più recenti si struttureranno e articoleranno su tutto il territorio nazionale fino a dare vita a dei veri e propri partiti politici¹⁹³.

Questo periodo è, inoltre, attraversato da una contestazione strutturale dello stato sociale. La crisi fiscale dello stato, l'erogazione di servizi non a misura d'uomo e l'ipertrofia burocratica che immobilizza l'azione amministrativa, generano un complesso di disfunzioni a cui si cerca di fornire risposte al di fuori della sfera pubblica.

In tale contesto, il volontariato ed il libero associazionismo instaureranno proficue collaborazioni con la pubblica amministrazione facendosi apprezzare per l'efficienza con cui riescono a svolgere i compiti propri dell'amministrazione per servizi. Si assiste così ad una vera e propria affermazione del sociale nella sfera politica. Se per un verso tale *trend* è funzionale alla raccolta di consenso politico

¹⁹² Cfr. art 2 e art.18 Cost.

¹⁹³ Il riferimento è al movimento ambientalista ed alle associazioni ambientaliste che confluiranno nel partito dei Verdi.

nella società civile, dall'altro costituisce un'istanza partecipativa dei soggetti privati alle decisioni che li riguardano in prima persona.

Ne è quindi risultata una crescente politicizzazione del fenomeno associativo che è riuscito ad acquisire negli anni un maggiore rilievo costituzionale.

L'attitudine delle associazioni a promuovere e ad attuare programmi d'intervento nella sfera pubblica ne ha fatto degli attori collettivi in grado di incidere sulle relazioni tra autorità e libertà e di farsi portatori di una nuova cultura dello stato sociale.

In tale contesto si affermerà una prassi politica volta alla promozione dei fenomeni associativi con finalità costituzionalmente rilevanti, funzionale pure ad accrescere la partecipazione dei cittadini alla vita del paese.

Tale prassi non farà altro che valorizzare il principio di eguaglianza sostanziale.

Le argomentazioni richiamate¹⁹⁴ si muovono quindi nella direzione di un ampliamento delle misure promozionali e delle tutele in positivo per le associazioni che perseguono finalità a rilevanza costituzionale. Tali associazioni:

- a) rispetto ai soggetti politici tradizionali possono stimolare e promuovere l'impegno civico ed assistenziale dei cittadini ed il loro inserimento in una rete di collaborazioni con stato e amministrazioni;
- b) svolgono la funzione di canalizzare la domanda latente di bisogni sociali e di governare gli impulsi di protesta nell'ottica di una concezione della governabilità inclusiva sia dello stato apparato che dello stato comunità;
- c) opportunamente affiancate a strutture burocratiche migliorano i rendimenti delle pubbliche amministrazioni.

Il pluralismo sociale, secondo tale impostazione, risulta essere la chiave di volta ai fini della rimozione degli ostacoli indicati nel secondo comma dell'articolo 3 Cost. Qualora esso persegua finalità di rilievo costituzionale viene, inoltre ritenuto costituire una valida risposta alla crisi dello Stato sociale.

¹⁹⁴ GEMMA, *op. ult. cit.*

1.9.1 Il pluralismo esterno

Se analizzato da una prospettiva interna, il principio pluralista, trova una delle sue più rilevanti manifestazioni nel riconoscimento e nella promozione delle formazioni sociali e delle associazioni. In chiave esterna, invece, tale principio si sostanzia nella garanzia del rispetto del diritto internazionale generale e pattizio e nell'impegno a risolvere in modo pacifico le controversie internazionali, anche attraverso la partecipazione ad organizzazioni finalizzate a prevenirne l'insorgenza.

L'apertura del nostro ordinamento nei confronti della comunità internazionale, nonché la propensione ad aderire ad organizzazioni internazionali che si pongono obiettivi di pace e giustizia, trovano spazio in Costituzione negli articoli 7,¹⁹⁵ 10,¹⁹⁶ 11 e nel novellato¹⁹⁷ articolo 117 che sottopone la potestà legislativa al limite del rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e comunitari.

¹⁹⁵ L'articolo 7 prevede la sottoposizione di alcuni rapporti giuridici alla disciplina dell'ordinamento canonico. Vedi A. MATTIONI, *La rilevanza degli atti comunitari nell'ordinamento italiano*, Milano, 1971, p.24 e 119-123.

¹⁹⁶ Mentre l'adattamento ai trattati costituisce una forma di rinvio fisso ad altro ordinamento, l'adattamento alle consuetudini internazionali ed ai principi generali del diritto internazionale sancito dal primo comma dell'articolo 10, configura una forma di rinvio mobile. Nel primo caso l'operatore giuridico dovrà applicare le norme ricavabili dall'atto richiamato alla stregua di norme interne, cosicché ogni successiva vicenda della norma nell'ordinamento di provenienza (ad es. l'abrogazione o la modifica) risulterà indifferente per l'ordinamento richiamante, ed al contempo al testo normativo saranno applicabili i criteri interpretativi dell'ordinamento richiamante. Nel caso dell'adattamento automatico, invece, l'ordinamento recepisce la norma per come essa vive nell'ordinamento originario, con la conseguenza che: a) tutte le vicende modificative che essa subirà si ripercuoteranno nell'ordinamento richiamante; b) la norma dovrà essere interpretata alla stregua dei criteri dell'ordinamento di provenienza. Vedi S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.80. In Italia il potere di ratifica dei trattati internazionali viene attribuito dall'art. 87 Cost., al presidente della Repubblica. Nel caso in cui i trattati siano di natura politica o abbiano ad oggetto arbitrati, regolamenti giudiziari, variazioni territoriali, o comportino oneri alle finanze o modificazioni di leggi (art. 80 Cost.) dovranno essere autorizzati con apposita legge dalle camere. (Quasi tutti i trattati rientrano tra le tipologie previste nell'articolo 80 ad eccezione degli accordi in forma semplificata e degli accordi commerciali o culturali). Tale legge è soggetta a riserva d'assemblea in ragione del fatto che in essa si riflette l'indirizzo politico del paese, inoltre non può essere sottoposta a referendum abrogativo. La legge di autorizzazione alla ratifica non è emendabile, ovvero, il disegno di legge di autorizzazione presentato dal governo alle camere può essere o approvato, o non approvato da queste ultime, *tertium non datur*. Dal momento che il trattato costituisce l'incontro delle volontà di tutti gli stati parte, confluite nella redazione di un testo univoco, ne segue che, l'ipotesi di eventuali emendamenti apportati a tale testo in via unilaterale, andrebbero a snaturare l'accordo internazionale e significherebbero un diniego d'immediata approvazione da parte italiana. Da qui la tesi per cui, tale legge sarebbe un mero atto di controllo, una legge formale. Contro tale posizione cfr. la tesi del Paladin, (L. PALADIN, *Diritto costituzionale* Cap. II, Padova, 2007, p. 359-361) il quale osserva come, potendo il parlamento non autorizzare le riserve apposte dal governo al trattato e potendo condizionare la ratifica all'introduzione di altre riserve da esso proposte, la legge di autorizzazione dovrebbe essere

1.9.2 L'accoglimento dell'impostazione dualista nell'ordinamento italiano secondo la dottrina

La scelta dei nostri costituenti di optare per i meccanismi di adattamento al diritto internazionale sanciti dall'articolo 10, ha come postulato l'accettazione delle premesse teoriche proprie della teoria dualista che configura l'ordinamento statale e l'ordinamento internazionale come entità distinte e separate. A differenza di altre costituzioni europee che, accogliendo la concezione monista dei rapporti interordinamentali considerano le norme di diritto internazionale quale parte integrante del proprio ordinamento interno¹⁹⁸, l'articolo 10 ha inteso porre una norma sulla produzione volta a determinare un procedimento sufficiente ad introdurre automaticamente la regola di diritto interno che l'interprete è chiamato a ricavare in via deduttiva dai principi del diritto internazionale¹⁹⁹.

L'idea che sta alla base di tale impostazione è che le norme di diritto internazionale così come quelle appartenenti ad ordinamenti esterni, non abbiano alcun valore o efficacia nel nostro ordinamento. Pur costituendo in senso formale un atto normativo vero e proprio, la fonte esterna, in quanto non rientrante tra le fonti legittimate a produrre diritto, degrada a mero fatto normativo²⁰⁰ e necessità quindi di un atto interno che sulla base della tecnica del rinvio, sia in grado di "nazionalizzare" il diritto straniero, ovvero, di trasformarlo in diritto interno²⁰¹.

considerata una legge in senso sostanziale e non un mero atto di controllo. Di solito nella legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali viene inserita anche la clausola esecutiva "piena ed integrale esecuzione viene data al trattato.." a cui fa seguito il testo del trattato. Le norme contenute in tale legge sono condizionate all'entrata in vigore del trattato a livello internazionale. L'ordine di esecuzione può essere contenuto in un qualsiasi atto cosicché le norme internazionali da esso recepite assumeranno la forza e il valore delle norme che le recepiscono.

¹⁹⁷ Testo introdotto dall'art.3 della legge costituzionale n.3/2001.

¹⁹⁸ Cfr. Articolo 9 della Costituzione austriaca «Le regole del diritto internazionale valgono come parte integrante del diritto interno».

¹⁹⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p.1482 ss. Vedi anche G. SACERDOTI, *L'efficacia del diritto delle Comunità Europee nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1966, p.49 ss, F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Milano, 1970, p.6, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova, 1987, p.132 ss, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto* in Manuale di diritto pubblico I, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), Bologna, 1997, p.202, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.80 ss.

²⁰⁰ MORTATI, *op. ult. cit.* . Vedi anche V. CRISAFULLI, *Voce "Fonti del diritto (dir. cost.)"*, Enc. dir. Vol.XVII, Milano, 1968, p.932-33 e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II*, Padova, 1993, p.202.

²⁰¹ Nel suo studio sulle fonti, Crisafulli osserva come le fonti atto siano connotate dal tratto di essere disciplinate dall'ordinamento positivo senza che alcun rilievo sia dato ad elementi soggettivi e volontaristici. Tuttavia l'autore tiene a sottolineare come, in fin dei conti, la differenza

Tale dottrina trova fondamento nel postulato del principio di esclusività²⁰² e in quello del principio di relatività²⁰³ delle valutazioni giuridiche, entrambi inquadrati nell'ottica dualista. Ai fini di un'analisi esaustiva di tale concezione si deve innanzitutto richiamare quanto esposto in riferimento al pensiero di Santi Romano. Al Romano²⁰⁴ deve essere attribuito il merito di avere diffuso in Italia la teoria istituzionalistica sviluppata alla luce del principio della separazione e dell'indipendenza, quali peculiari caratteristiche delle relazioni tra ordinamenti statali ed ordinamento internazionale. Tali premesse dualiste risentono fortemente delle elaborazioni teoriche formulate da un'altra autorevole dottrina internazionalistica²⁰⁵ che muove dal considerare i due ordinamenti, separati, in quanto entrambi originari e derivanti da differenti ed autonome norme "base"²⁰⁶.

tra fonti atto e fonti fatto sia eminentemente convenzionale, in quanto basata sul diverso modo in cui le rispettive fattispecie sono assunte dalle norme sulle fonti. L'inserimento delle fonti esterne nella categoria delle fonti-fatto viene, infatti, ritenuto costituire un artificio concettuale. V. CRISAFULLI, *Lezioni II*, p.176 e 201.

²⁰² Cfr. C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990.

²⁰³ Si ricordi che secondo Perassi «La giuridicità di una norma consiste nel valore che una norma assume in quanto fa parte di un ordinamento giuridico storicamente determinato: tale valore perciò dipende dall'ordinamento che si immette la norma ed è quindi relativo allo stesso ordinamento.[...] Secondo il principio della relatività dei valori giuridici, per l'ordinamento di ogni stato non sono rilevanti che le valutazioni giuridiche date da sue norme. Ogni ordinamento in quanto è originario e indipendente è per conseguenza esclusivo». T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale II*, Padova, 1962, p.44-45.

²⁰⁴ Per Romano l'ordinamento internazionale occupa una posizione "superiore" rispetto all'ordinamento statale, la cui esistenza e validità non vengono però influenzate dal primo. Da tale principio discende il corollario della separazione dei due ordinamenti giuridici. Essendo, infatti, la natura dell'ordinamento statale indipendente e originaria, l'ordinamento internazionale non potrà determinarne direttamente il contenuto, potrà solo imporre o vietare allo stato di emanare "un determinato diritto obiettivo". Nel caso in cui lo stato non si conformi agli obblighi di diritto internazionale contratti, sarà responsabile della violazione di un suo dovere internazionalmente rilevante, ferma restando la piena validità della disposizione interna configgente. Ponendosi in una sfera giuridica distinta da quella dell'ordinamento statale, l'ordinamento internazionale viene ritenuto privo del potere d'invalidare il diritto interno contrastante e ciò anche in ragione dei rispettivi differenti destinatari delle loro norme: gli stati, considerati nella loro unità, e sul fronte interno gli organi ed i "sudditi". S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p.152-154 e 166 ss. Interessanti ai fini della nostra indagine, risultano, inoltre, le riflessioni sviluppate dall'autore in riferimento al diritto internazionale privato. Romano osserva come, in alcuni ambiti ritenuti rilevanti per l'instaurazione di determinate relazioni, un ordinamento statale, pur incidendo su una sfera giuridica diversa da quella di un altro ordinamento con cui entra in contatto, può decidere di autolimitare la propria potestà legislativa, che *così arretra per lasciare spazio all'effettivo contenuto ed all'applicazione del diritto straniero*. Per evitare l'insorgere di conflitti o di concorsi delle potestà legislative, l'ordinamento interno pone una norma di collisione che esplicherà la propria efficacia all'interno dello stato.

²⁰⁵ Si tratta di Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti. H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, (Traduzione italiana di G.C. BUZZATI), Torino, 1913 e di D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1964.

²⁰⁶ Anzilotti utilizza indistintamente le espressioni norma base e norma fondamentale riferendosi alla volontà dello stato, per quanto attiene l'ordinamento statale, ed al principio *pacta sunt*

Dal principio per cui ogni norma è giuridica e quindi obbligatoria soltanto nell'ordinamento a cui appartiene, deriva la circostanza per cui nel caso di una disposizione interna contrastante con un obbligo internazionale, la prima continuerà ad esplicare la propria efficacia all'interno dello stato, il quale dovrà poi rispondere a livello internazionale del mancato adempimento degli obblighi che aveva contratto.

Si presume tuttavia che, prima di applicare una norma interna in contrasto con una norma internazionale, l'operatore si sforzerà d'interpretare la norma interna in modo conforme al diritto internazionale. Per quanto attiene le ipotesi di conflitto tra diritto interno e diritto internazionale, tale dottrina ritiene, che esse non si manifestino sul piano normativo in quanto, in ragione del carattere di limite giuridico che le norme internazionali vengono ad assumere rispetto alle attività che lo stato è chiamato a svolgere, l'effetto principale che esse andranno a produrre, sarà quello di incidere in modo più o meno intenso su tali attività, ed *in primis* sulla funzione legislativa²⁰⁷.

Alla luce di tali premesse si comprende come nell'ambito della teoria della separazione degli ordinamenti, grande rilievo sia stato attribuito agli atti di ricezione del diritto internazionale.

Ogni ricezione consiste in un atto di *posizione di norme* recante in sé una *trasformazione*. La ricezione oltre a far mutare i destinatari della norma internazionale ed il suo contenuto, produce l'effetto di modificare il valore formale della norma internazionale: essa diviene "giuridica" anche per l'ordinamento statale ed i suoi rapporti con le altre norme interne si determinano secondo i principi dell'ordinamento stesso²⁰⁸.

servanda in riferimento all'ordinamento internazionale. L'autore si muove nella stessa direzione segnata dal primo Kelsen de "Il problema della sovranità", ma nel contempo prende le distanze dalla costruzione monista sostenuta dal giurista viennese. «Il diritto internazionale è superiore allo stato nel senso che costituisce un limite giuridico della di lui potestà, ma non nel senso che la potestà dello stato sia una delegazione del diritto internazionale». D. ANZILOTTI, *op. ult. cit.* p.52 e ss. e G. GAJA, *Positivism and dualism* in D. ANZILOTTI, *European journal of international law*, III, 1, 1992, p.138.

²⁰⁷ A tal proposito Anzilotti distingue tra attività legislativa *permessa, vietata e imposta* dal diritto internazionale.

²⁰⁸ ANZILOTTI, *op. ult. cit.* p.57-61 e p.339. Vedi anche H. TRIEPEL, *op. ult. cit.* p. 116, F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, p. 46, M. CARTABIA E J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000. p. 130 e E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa Case*, Michigan law review, 1965, p. 505.

1.9.3 Dualismo e monismo nel dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale

Dopo l'adesione italiana alle Comunità europee, la prospettiva dualista diviene lo strumento visuale da cui l'ordinamento italiano guarda ai rapporti tra diritto statale e diritto comunitario.

L'ordinamento comunitario nasce in seguito alla stipula dei Trattati di Parigi (1951) e Roma (1957) con cui, per volontà dei sei stati fondatori,²⁰⁹ nasceranno la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio e successivamente la Comunità Economica Europea e la Comunità Europea dell'Energia Atomica. Alla base di tale progetto stava l'idea di assoggettare la produzione franco-tedesca di carbone e acciaio ad un'alta autorità comune, nel contesto di un'organizzazione aperta alla partecipazione di altri paesi europei. La gestione comune del carbone e dell'acciaio avrebbe dato vita ad una potente unione produttiva in grado di fornire alle parti contraenti gli elementi basilari per la ripresa della propria produzione industriale ed in seguito per la nascita di un'unione economica.

L'istituzione di un mercato comune e l'armonizzazione delle politiche economiche degli stati membri sono gli strumenti attraverso cui i trattati si prefiggono di raggiungere lo scopo di realizzare un'Unione sempre più stretta tra i popoli.²¹⁰

Quello comunitario è quindi un ordinamento derivato creato sulla base dell'incontro delle volontà degli stati membri, attraverso il quale le rispettive sfere di sovranità vengono limitate per avviare un processo d'integrazione economico-politica.

La cornice istituzionale entro cui si colloca l'ordinamento comunitario non permette di ricondurre tale formazione a nessuna delle categorie di enti fino ad allora conosciute. Le Comunità europee non sono, infatti, assimilabili né alle comuni organizzazioni intergovernative, né agli stati federali. Le Comunità sono state definite, *enti sovranazionali*, proprio allo scopo di sottolineare l'originale

²⁰⁹ Si tratta di Italia, Germania, Francia, Belgio, Olanda e Lussemburgo. Alla Ce hanno in seguito aderito la Danimarca, il Regno Unito e l'Irlanda nel 1973, la Grecia nel 1981, la Spagna ed il Portogallo nel 1986, l'Austria la Finlandia e la Svezia nel 1995, Malta, Lettonia, Estonia, Lituania, Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia, Polonia, Ungheria, Cipro nel 2004 e Romania e Bulgaria nel 2007.

²¹⁰ M. CARTABIA E J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000. p.20-22.

modello d'integrazione²¹¹ che gli stati europei hanno inteso sperimentare²¹² ponendole "al di sopra di essi".²¹³ In particolare, la *sovranazionalità* normativa, trova il proprio fondamento nel principio di uniformità, di cui supremo garante è la Corte di giustizia delle Comunità europee. E' alla Corte che, infatti, i giudici nazionali possono²¹⁴ rivolgersi qualora, nel corso di una controversia sorgano dei dubbi circa l'interpretazione del diritto comunitario originario e derivato. Alla base della tutela di tale principio, sta il valore integrazionista su cui poggia l'intera costruzione comunitaria e che spetta alla Corte assicurare.

²¹¹ L'integrazione è stata considerata da alcuni autori l'elemento chiave a cui è necessario fare riferimento ai fini della definizione della natura dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti statali. Monaco individua come elementi caratteristici di tale rapporto d'integrazione, in primis il principio della *priorità* del diritto comunitario e della immediatezza dell'efficacia delle norme comunitarie nell'ordinamento interno, a cui poi fanno seguito il principio della gradualità e quello della parzialità. Il principio della gradualità deve essere interpretato nel senso che l'integrazione giuridica si protrae nel tempo per assumere gradatamente un andamento sempre più accentuato. In base al principio di parzialità il fenomeno comunitario non coinvolge l'intero ordinamento giuridico degli Stati membri ma soltanto quelle parti che incidono sulle finalità previste dai Trattati. «Il concetto d'integrazione giuridica risponde anche all'idea d'integrazione economica che pur essendo diversa e non confondibile con quella giuridica ha ormai acquistato un suo significato nei fenomeni di unione economica». Preso atto che il fenomeno integrativo non investe l'intero ordinamento giuridico statale, ciò impedisce di configurare un rapporto univoco e complessivo tra i due ordinamenti. Secondo l'autore è quindi necessario guardare agli ordinamenti come sistemi normativi al fine di indagare la natura dei rapporti che vengono ad instaurarsi tra norme comunitarie e norme interne. In tal modo si potrà affermare che esiste un rapporto di gerarchia tra norma comunitaria e norma interna, ma non tra ordinamento comunitario ed ordinamento statale considerati nel loro complesso. R. MONACO, *Diritto delle Comunità Europee e diritto interno*, Milano, 1967, p.110.

²¹²Vedi J. H. H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 41 ss. L'autore distingue due tipi di sovranazionalità: «La sovranazionalità normativa concerne le relazioni e la gerarchia esistenti tra le politiche e le misure giuridiche comunitarie da una parte, e le concorrenti politiche e misure giuridiche degli stati membri dall'altra. La sovranazionalità decisionale attiene al contesto istituzionale ed ai processi decisionali per mezzo dei quali le politiche e le misure comunitarie vengono elaborate, dibattute e formulate, poi promulgate e finalmente attuate. Si raggiunge un alto grado di sovranazionalità normativa quando le fonti comunitarie andranno ad assumere un'effettiva preminenza gerarchica rispetto a quelle nazionali e in particolare nella misura in cui si afferma il principio del primato, quello dell'effetto diretto e quello della competenza esclusiva comunitaria. Si registra, invece, la presenza di un alto grado di sovranazionalità decisionale quando le decisioni vengono prese a) da organi comunitari la composizione ed il funzionamento dei quali, siano autonomi e non intergovernativi; b) da organi intergovernativi che deliberano attraverso procedure di votazione differenti da quelle utilizzate dalla diplomazia intergovernativa, c) mediante un processo decisionale pluristituzionale nel quale il ruolo degli organi indipendenti risulti decisivo; d) sotto il controllo o la responsabilità degli organismi autonomi». Vedi anche P. KIRCHHOF, *The European Union of states*, in A. VON BOGDANDY E J. BAST, *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 754.

²¹³ Vedi sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62 Van Gend & Loos «La Comunità Economica Europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli stati membri, ma pure i loro cittadini».

²¹⁴ I giudici di ultima istanza sono obbligati a ricorrere alla Cgce, mentre quelli non di ultima istanza sono facoltizzati. Art. 234 Tce.

Chiamata in causa attraverso i meccanismi sanciti dall'articolo 234 Tce, la Corte svolge una decisiva funzione nomofilattica volta alla garanzia dell'interpretazione e dell'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli stati membri. La stessa dottrina ha poi efficacemente osservato come sotto l'esplicito valore integrazionista si celi un valore ancora più rilevante: il principio di eguaglianza davanti alla legge. Nei casi in cui, in assenza di un ragionevole criterio di distinzione si attui una protezione non uniforme di situazioni simili, si configura una violazione del suddetto principio fondamentale.²¹⁵

Altra dottrina²¹⁶ pone il principio di uniformità su un piano ancora più elevato considerandolo quale condizione per la sopravvivenza e l'efficacia del diritto comunitario. Tale lettura richiama apertamente il postulato kelseniano e kantiano del principio di unità, inteso quale criterio conoscitivo posto a fondamento del sistema monistico costruito da Kelsen e da cui la Corte di giustizia trarrà ispirazione per delineare la sua configurazione dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti statali. Nel corso degli anni, la Corte di giustizia, in risposta al silenzio dei Trattati in merito alla configurazione dei rapporti tra gli ordinamenti, svilupperà in via giurisprudenziale una narrativa incentrata sul primato del diritto comunitario sui diritti degli stati membri. Il concetto di fondo è che l'ordinamento comunitario si integra nei sistemi normativi degli stati membri e si pone rispetto ad essi in una posizione di sovra ordinazione gerarchica. Qualora si generino delle antinomie tra fonti, la coerenza del sistema deve essere ripristinata attraverso la dichiarazione della prevalenza delle fonti comunitarie sulle fonti interne. Da qui la netta divaricazione tra la visione comunitaria e monista dei rapporti interordinamentali, che riconosce la *kompetenz-kompetenz* all'ordinamento comunitario e la tradizionale visione dualista sostenuta dalla Corte costituzionale italiana e dalla dottrina più risalente che, invece, intravedono nel singolo ordinamento statale la fonte ultima del potere decisionale, anche nel contesto europeo.

²¹⁵ WEILER, *op. ult. cit.* p.223-224. Vedi anche Causa Cgce 6/64 Costa/Enel.

²¹⁶ P. M. DUPUY, *A doctrinal debate in the globalisation era: on the "fragmentation" of International law*, European journal of legal studies, I, 2007, p.12 <http://www.ejls.eu/1/4UK.pdf>. «The unity of application of international law is, like the application of Community law in the framework of the European Union, a condition of both its efficacy and its survival».

1.9.3.1 Il dialogo tra le Corti e le sentenze degli anni Sessanta

L'ordinamento comunitario ha inciso significativamente sui sistemi delle fonti degli ordinamenti statali modificandoli e arricchendoli di nuovi valori²¹⁷. Esso ha, inoltre posto l'esigenza di conciliare il principio dell'apertura all'ordinamento internazionale e agli ordinamenti stranieri, con il carattere rigido delle costituzioni europee del Dopoguerra²¹⁸.

Ai tempi in cui l'Italia diviene parte delle Comunità europee si era ormai attenuato il vivace dibattito sulla natura dei rapporti tra ordinamenti che tra la seconda metà dell'Ottocento e gli inizi del Novecento aveva animato la dottrina tedesca e quella italiana. In quel momento molti stati europei e tra questi l'Italia, avevano aderito pacificamente²¹⁹ al dualismo, rifiutando sia il monismo con primato del diritto internazionale e sia il monismo²²⁰ con primato del diritto statale²²¹. L'impostazione dualistica dei rapporti interordinamentali fa da sfondo alla pronuncia n.14 del 1964 della Corte costituzionale. Nell'ordinanza di remissione, il Giudice conciliatore di Milano chiede al giudice delle leggi di sindacare la legge di nazionalizzazione del servizio di erogazione elettrica (n.1643 del 1962)²²² rispetto a talune disposizioni costituzionali,²²³ tra cui l'articolo 11,²²⁴

²¹⁷ M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p. 6.

²¹⁸ F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, p.2.

²¹⁹ «La scelta di seguire la via del dualismo nei rapporti fu una scelta piana senza dibattiti e priva di toni problematici». Vedi M. CARTABIA E J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p.130.

²²⁰ H. KELSEN, *Il problema della sovranità...*, p.177 ss.

²²¹ A tal proposito De Witte ha osservato come gli approcci monista e dualista sviluppati negli ordinamenti degli stati fondatori nei confronti del diritto internazionale, non risultano chiaramente espressi nelle carte costituzionali, quanto piuttosto, costituiscono il portato di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. «Dualist countries are those where the attitude is taken that International treaties cannot, as such, display legal effects in the municipal sphere, so that their norms must be "transplanted" into national law before they can become operational there. Monist countries, then, are those where the views prevail that international legal norms, are upon their ratification and publication "received" within the national legal order, while preserving their nature of international law». B. DE WITTE, *Direct effect, supremacy and the nature of the legal order*, in P. CRAIG E G. DE BURCA, Oxford, 1999, p.179.

²²² La legge n.1643 nazionalizzava la produzione e la distribuzione di energia elettrica istituendo l'Ente nazionale energia elettrica.

²²³ Articoli 67, 43, 4, 41, 3 Cost.

²²⁴ Nel secondo comma dell'articolo 11 Cost. confluisce la volontà manifestata dai costituenti di promuovere un nuovo assetto della comunità internazionale fondato sul principio democratico e su quello pacifista. Tale configurazione delle relazioni internazionali implica il superamento della sovranità assoluta dello stato nazionale, nonché il sorgere di intense collaborazioni tra stati, da realizzarsi anche attraverso l'istituzione di organizzazioni mondiali ed europee volte alla promozione della pace e della giustizia. Le limitazioni a cui si riferisce l'articolo non devono

considerata quale norma di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti dell'ordinamento comunitario.

La prima questione di rilievo europeo che la Corte analizza nella sentenza Costa/Enel concerne il fondamento costituzionale della partecipazione italiana alle Comunità Europee.

A tale riguardo si deve ricordare come nel periodo istitutivo²²⁵ le Comunità europee venissero considerate alla stregua di ordinarie organizzazioni internazionali: non avendo sviluppato le loro specificità e non essendosi distinte per il loro carattere sovranazionale, appariva del tutto logico e fuori discussione impostare i rapporti con tali nuove organizzazioni sulla base degli apparati concettuali vigenti nei rapporti internazionali²²⁶.

Una chiara espressione di tale stato di cose è rinvenibile nella definizione di cui la Corte di giustizia si avvale per delineare la natura del diritto comunitario: *un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale*.²²⁷

Una formula, questa, che se da un lato preconizza l'introduzione e lo sviluppo di assetti normativi ed istituzionali prima d'ora mai sperimentati nel panorama europeo, dall'altra richiama apertamente la dimensione internazionale.

In Van Gend & Loos la Corte dichiara che i Trattati comunitari non costituiscono un semplice accordo sulla base del quale gli stati si sono assunti delle reciproche

essere intese in senso meramente tecnico. Il riferimento non è esclusivamente diretto ad accordi internazionali che prevedano cessioni di sovranità territoriale o forme di etero governo implicanti l'esercizio da parte di organi o enti esterni, di funzioni normative, giudiziarie ed esecutive. L'espressione è stata utilizzata in riferimento a l'imposizione di penetranti obblighi giuridici che vincolano la condotta dello stato. Tali limitazioni possono essere stabilite se attuate in condizioni di parità e se poste in essere allo scopo di assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni. Nello stipulare accordi internazionali che prevedano limitazioni della sua sovranità, l'Italia non deve trovarsi in una posizione di disparità rispetto alle altre parti contraenti, è questo il senso che deve essere attribuito al concetto di parità. Esso richiede che se il trattato cui l'Italia aderisce, opera delle differenziazioni di trattamento, queste devono essere in modo netto ed inequivoco giustificate dall'assoluta esigenza di promuovere o attuare la pace e la giustizia. In tal senso la Costituzione auspica la partecipazione dell'Italia ad organizzazioni che perseguano tali finalità sia in modo diretto che in modo indiretto. Vedi A. CASSESE, *Articolo 11*, in Commentario alla Costituzione, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p. 577 -588, F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970, p.105-110, S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p.88 ss.

²²⁵ Vedi la periodizzazione elaborata da J. H. H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, Cap. I.

²²⁶ CARTABIA, *op. ult. cit.* p.130. Il tratto più originale e immediatamente percepibile delle Comunità era il loro potere normativo di emanare atti immediatamente applicabili negli stati membri e indirizzati a tutti i soggetti di diritto. In tal senso vedi anche G. SACERDOTI, *L'efficacia del diritto delle Comunità europee nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1966, p.1.

²²⁷ Sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62.

obbligazioni; le parti contraenti hanno, bensì, inteso dare vita ad un ordinamento che si prefigge di realizzare l'obiettivo di creare un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità. Ciò si ricava dal preambolo del trattato in cui viene fatto riferimento ai popoli, ai governi ed agli organi che, investiti di poteri sovrani, li esercitano nei confronti degli stati e dei cittadini. Inoltre, dalla previsione della procedura di rinvio pregiudiziale sancita all'articolo 177²²⁸ TCE, a garanzia dell'uniforme interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali, si deduce la possibilità per i cittadini degli stati d'invocarne davanti a questi ultimi il mancato rispetto.

Alla luce di tali considerazioni la Corte di giustizia definisce l'ordinamento comunitario come un ordinamento di nuovo genere nel campo del diritto internazionale²²⁹ nei confronti del quale gli stati hanno rinunciato, in determinati settori, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti sia gli stati membri che i loro cittadini. Il diritto comunitario impone degli obblighi, ma al contempo attribuisce dei diritti ai cittadini degli stati membri. Tali diritti vengono conferiti non soltanto in forma esplicita, ovvero, attraverso espressa menzione nel trattato, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie.

La Corte dichiara quindi che l'articolo 12 Tce imponendo agli stati un preciso obbligo di non fare, (*standstill clause*) risulta immediatamente applicabile e non lascia quindi loro alcuna facoltà di adottare provvedimenti interni per adempiervi. Allo stesso tempo, nonostante siano gli stati i destinatari di tale obbligazione negativa, l'articolo 12 può essere direttamente invocato dai cittadini in controversie sorte tra essi e gli stati membri. Con la sentenza *Van Gend & Loos* la Corte di giustizia proclama quindi il principio dell'effetto

²²⁸ Corrispondente all'articolo 234 TCE modificato dal Trattato di Amsterdam ed ora all'articolo 267 del TFUE.

²²⁹ Negli anni a seguire la Corte di giustizia, nel definire la natura dell'ordinamento comunitario, non avrà come riferimento il diritto internazionale, bensì, il diritto costituzionale. Il concetto di "nuovo ordinamento giuridico nel campo del diritto internazionale" (sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62) verrà sostituito dall'espressione *proprio ordinamento giuridico* (sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64) per poi passare alla configurazione dei trattati come *carta costituzionale fondamentale* (sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83) ed infine approdare al concetto di *carta costituzionale di una comunità fondata sullo stato di diritto* (Opinione 1/91 sull'accordo quadro per la creazione dell'Area economica europea). Vedi F. C. MAYER, *Van Gend & Loos: The foundation of community law* in M. MADURO, L. AZOULAI, *The past and the future of EU Law*, Oxford, 2010, p.20.

diretto in riferimento ad una norma di diritto comunitario primario formulata in modo chiaro, preciso e incondizionato²³⁰. Nulla di nuovo, verrebbe da pensare, se non una riformulazione della auto-esecutività (*self-executing*) quale forma di efficacia attribuita a determinate norme internazionali convenzionali dagli ordinamenti degli stati parte del trattato in questione²³¹.

Il tratto caratteristico dell'affermazione dell'effetto diretto comunitario sta nel fatto che le decisioni circa il carattere dell'efficacia delle disposizioni comunitarie vengono assunte da un'istanza giurisdizionale centralizzata: la Corte di giustizia. Inoltre, mentre nella dimensione normativa internazionale la natura auto-esecutiva di una disposizione deve essere dedotta dall'analisi dei lavori preparatori del trattato e quindi dalle volontà delle parti contraenti, in base a quanto stabilito dalla Corte di giustizia, nel caso delle disposizioni comunitarie si dovrà avere riguardo *allo spirito, alla struttura ed al tenore del trattato*.²³²

Rispetto all'ordinamento italiano, l'approccio dualista al diritto internazionale diviene la prospettiva da cui il nostro sistema giuridico guarda al diritto comunitario.

In quegli anni in Italia mancava la consapevolezza di quella che sarebbe stata la portata delle limitazioni di sovranità derivanti dalla partecipazione alle Comunità, inoltre, a livello politico; costituendo esse una manifestazione dell'adesione italiana al blocco occidentale, non erano viste con fiducia dalle forze d'opposizione che sedevano in parlamento.

Al momento dell'adesione ai trattati Ce ed Euratom il partito comunista votò

²³⁰ Successivamente la Corte di giustizia riconoscerà la capacità di produrre effetti diretti anche ad altre norme di diritto comunitario come ad esempio ad alcuni tipi di direttive, ai trattati internazionali stipulati con paesi terzi e alcuni principi generali come ad esempio il principio di pari retribuzione per uomo e donna.

²³¹ Sulla sentenza Van Gend & Loos come momento costituente della giurisprudenza della Corte di giustizia degli anni sessanta vedi G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa ed il suo diritto in tre concetti*, Diritto pubblico comparato ed europeo, I, 2009.

²³² Vedi B. DE WITTE, *The continuous significance of Van Gend & Loos* in M. MADURO, L. AZOULAI, *The past and the future of EU Law*, Oxford, 2010, p.10 e B. DE WITTE, *Direct effect, supremacy and the nature of the legal order*, in P. CRAIG e G. DE BURCA, Oxford, 1999, p.180. Essendo previsto dall'articolo 66 della Costituzione olandese che le norme self-executing prevalgono sulle disposizioni interne con esse contrastanti, la Tariefcommissie, si rivolge alla Corte di giustizia per sapere se l'articolo 12 Tce è fornito o meno di tale efficacia. In tal modo, risultando essere il principio del primato del diritto comunitario implicitamente costituzionalizzato nell'ordinamento olandese, esso non suscita alcun dubbio nel giudice fiscale, che invece si rivolge alla Corte di giustizia per avere delucidazioni in merito al tipo di efficacia della norma comunitaria in questione.

contro la ratifica di entrambi i trattati, mentre i socialisti si espressero a favore dell'Euratom e si astennero sulla Ce²³³. Dato il clima incandescente che caratterizzò il dibattito parlamentare sulle scelte di politica estera della neonata Repubblica, si decise di autorizzare la ratifica e provvedere all'esecuzione dei Trattati di Roma con una legge ordinaria,²³⁴ con la consapevolezza che questa avrebbe posto le basi per un sistema mobile di competenze costituzionali.

A sciogliere il nodo dell'individuazione del fondamento costituzionale della partecipazione italiana alle Comunità, interverrà qualche anno dopo la Corte costituzionale dichiarando nella sentenza n.14 del 1964 che tale fondamento risiede nell'articolo 11 Cost.

Inserito nella Costituzione in vista dell'adesione italiana all'Onu,²³⁵ l'articolo 11, in quanto *norma permissiva*, legittima, quando ricorrano determinati presupposti, la stipulazione di trattati con cui si assumono limitazioni di sovranità a cui è possibile dare esecuzione con legge ordinaria.

Autorevole dottrina²³⁶ ha osservato come l'articolo 11 Cost. risulti essere l'unico punto di appoggio per affermare la legittimità costituzionale dell'inserimento operato con legge ordinaria, delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento giuridico. Dall'articolo 11 Cost., può trarsi un principio più generale formalmente costituzionale, che autorizza la legge ordinaria a fare quello che altrimenti non potrebbe, e così, nella specie, ad apportare quelle alterazioni dell'ordine costituzionale delle competenze normative che risultano dal riconoscimento delle fonti comunitarie.

La legge di esecuzione dei trattati comunitari pur presentandosi come una

²³³ Vedi L. V. FERRARIS (a cura di) *Manuale della politica estera italiana 1947-1993*, Roma- Bari, 1996, p.102 e F. BONINI, *Storia costituzionale della Repubblica*, Roma, 1995, p.60 -61.

²³⁴ Tale procedura era stata già utilizzata per l'adesione al Trattato Ceca del 1951.

²³⁵ Tale fenomeno può essere interpretato come un caso di estraniamento della norma giuridica dall'*occasio legis*, (*Entfremdung*). La norma è stata successivamente interpretata in via evolutiva ed utilizzata per fornire legittimazione costituzionale all'espansione dell'ordinamento comunitario a cui l'Italia aveva aderito. Vedi S. BARTOLE, R. BIN, Articolo 11, Commentario breve alla Costituzione, Padova, 2008, p. 91. Cassese, ritiene, invece, che con l'espressione *organizzazioni internazionali* i costituenti intendessero riferirsi sia ad organizzazioni mondiali, quali l'Onu sia ad organizzazioni europee. Il respingimento o il ritiro di emendamenti miranti ad inserire un riferimento esplicito ad organizzazioni europee, fu dovuto al fatto che l'assemblea lo considerò implicito nella locuzione *organizzazioni internazionali*. A. CASSESE, *Articolo 11*, in Commentario della Costituzione, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p. 578, in senso conforme anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p. 1497 e R. MONACO, *Diritto delle Comunità Europee e diritto interno*, Milano, 1967, p.202.

²³⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II*, Padova, 1993, p.171.

qualsiasi legge ordinaria, se ne differenzia.

Innanzitutto perché legittima, grazie all'ancoraggio con l'articolo 11 Cost., l'assunzione di limitazioni di sovranità che altrimenti avrebbero richiesto l'adozione di leggi costituzionali.²³⁷

Riconoscendo la natura permissiva dell'articolo 11 Cost., la Corte non fa quindi altro che confermare un consolidato indirizzo interpretativo da tempo accolto dalla dottrina. Ciò che di nuovo la Corte aggiunge alla lettura dell'articolo, è l'impiego del corollario (tratto dall'assunto della natura permissiva della norma) secondo cui lo stato sarebbe costituzionalmente facoltizzato e non obbligato ad aderire alle organizzazioni comunitarie. Che il nostro ordinamento abbia tale facoltà è ineccepibile, più difficile è capire come la Corte sia giunta, partendo da questa premessa, a concludere che lo stato sia libero di legiferare anche in contrasto con i Trattati istitutivi e con le norme successivamente promananti dagli organi²³⁸ della Comunità²³⁹. Ma, dichiara la Corte, l'articolo 11 Cost. non

²³⁷ G. SACERDOTI, *L'efficacia del diritto delle Comunità Europee nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1966, p. 106.

²³⁸ V. CRISAFULLI, *op. ult. cit.* p.172. In senso ugualmente contrario alla posizione della Corte costituzionale si è espresso Mazziotti il quale ha sottolineato come i tempi indicativi utilizzati nella costruzione dell'articolo 11 Cost. debbano essere interpretati come degli imperativi. La guerra *deve essere* ripudiata dallo stato italiano che *deve promuovere* e favorire le organizzazioni internazionali qualora siano soddisfatte le condizioni menzionate nell'articolo. Esso inoltre *deve consentire* le limitazioni di sovranità, in tal senso su di esso grava un vero e proprio obbligo. Da tale assunto l'autore rileva come una volta limitata la propria sovranità per partecipare ad un'organizzazione internazionale, ed adattato il proprio ordinamento a quello da essa creato, l'Italia potrà ritirarsi da tale organizzazione, riassumere la sua sovranità e modificare conseguentemente il suo diritto interno, ma non potrà, senza violare l'articolo 11, derogare alle norme di esecuzione del trattato con leggi successive, poiché ciò significherebbe riassumere la sovranità, nell'atto stesso in cui, continuando a fare parte dell'organizzazione, si riconoscerebbe il perdurare delle condizioni, date le quali, l'articolo 11, non meramente consente, ma impone di limitarla. Vedi M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'Enel*, Giur. cost. 1964, p.450 a cui aderisce anche A. CASSESE, *Articolo 11*, in Commentario della Costituzione, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p. 584 e F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970, p. 99. Mentre però il Mazziotti configura solo un sindacato formale della Corte costituzionale sulla legge di esecuzione di trattati adottati ex art.11, Sorrentino ritiene invece, che la Corte possa effettuare un controllo per eccesso di potere legislativo. Secondo Mazziotti l'idoneità di un trattato a perseguire i fini indicati dall'articolo 11 risulta da una valutazione politica di spettanza esclusiva del parlamento e del governo, cosicché, afferma Mazziotti, la Corte dovrebbe limitarsi a giudicare se l'atto sia in sé stesso contraddittorio, o in così palese contrasto con le circostanze di pubblico interesse cui esso si riferisce. A sostegno della tesi opposta, Sorrentino richiama la dottrina italiana che fin dal periodo statutario ha contestato il dogma dell'onnipotenza della legge, la quale pur innovando, è vincolata e limitata dal diritto vigente (C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1964). Il che è evidente per i requisiti formali dell'atto ma, secondo l'autore non è del tutto escluso che la stessa situazione si verifichi per i requisiti materiali. Osserva l'autore «Non si può negare che la legge abbia il potere di porre limiti di contenuto alle leggi successive e che queste non possano superare detti limiti tacitamente, ma solo mediante deroga espressa. Se poi si tiene

conferisce alla legge di esecuzione un'efficacia diversa da quella che ordinariamente essa assume nei confronti delle altre leggi. Nel caso in cui una legge successiva interna vada a confliggere con la legge di esecuzione dei Trattati di Roma, si applicherà il criterio della successione delle leggi nel tempo, mentre non si configurerà alcuna violazione dell'articolo 11 Cost. ad opera della legge interna contrastante.

L'impostazione dualista, utilizzata come chiave interpretativa nella sentenza Costa/Enel conduce la Corte ad una decisione produttiva di una conseguenza paradossale: l'Italia continua ad essere membro della Ce ma al contempo tollera la vigenza all'interno del suo ordinamento di norme contrastanti con il diritto comunitario, cosicché in caso di conflitto tra norma interna e norma comunitaria, si configura in capo allo stato esclusivamente una forma di responsabilità internazionale, ferma restando la legittima sopravvivenza della norma interna confliggente.

L'indirizzo seguito dalla Corte rispecchia fedelmente le categorie utilizzate dalla dottrina internazionalista per stabilire i capisaldi della teoria dualista²⁴⁰, anche quando definisce l'articolo 11 una norma *permissiva*.

La Corte dichiara, infatti, che in base all'articolo 11 è possibile prevedere delle limitazioni di sovranità per conseguire finalità di pace e giustizia anche attraverso la partecipazione ad organizzazioni internazionali sancite dalla stipula di trattati eseguibili con legge ordinaria: tale legge però non avendo, secondo la Corte alcun valore particolare rispetto alle altre,²⁴¹ può essere interamente o parzialmente

presente il carattere imperativo dell'art.11 sembra che neanche tramite una deroga espressa sia possibile superare i limiti che alle leggi future pongono le leggi di esecuzione dei trattati comunitari».

²³⁹ Diversamente si è espresso Sacerdoti osservando come l'articolo 11 Cost. in quanto norma permissiva, autorizza gli organi dello stato a porre in essere un determinato comportamento senza obbligarveli. L'articolo in parola costituisce altresì una norma temporanea perché è *sempre facoltà dello stato revocare il consenso precedentemente prestato alle limitazioni di sovranità*. G. SACERDOTI, *L'efficacia del diritto delle Comunità Europee nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1966, p. 108-109.

²⁴⁰ Anzilotti, Triepel, Romano.

²⁴¹ In senso contrario si è espresso Catalano osservando come i trattati limitanti la sovranità dello stato, vadano a determinare una limitazione di competenza dei normali organi legislativi, cosicché, in tali ambiti il Parlamento risulta essere incompetente ad emanare altre leggi ordinarie. Se il parlamento adottasse una legge su una di queste materie, si configurerebbe uno "straripamento" di poteri rispetto alla diminuzione di competenze accettata per effetto dell'approvazione del trattato e verrebbe violato non solo il precetto contenuto nell'articolo 10 comma 1 Cost., che impone il rispetto degli impegni internazionali, ma anche l'articolo 11 Cost. in quanto in contrasto con le

abrogata da qualsiasi legge successiva²⁴². Da ciò, il corollario secondo cui, laddove, una norma interna vada a configurare con una norma del Trattato Ce per il tramite della legge di esecuzione, non potrebbe essere sollevata una questione di costituzionalità per violazione dell'articolo 11.

Attraverso la sentenza n.14 del 1964 la Corte si limita nella sostanza a dichiarare che l'articolo 11 costituisce il fondamento costituzionale della partecipazione italiana alla Ce, ma lascia impregiudicato il problema del primato del diritto comunitario di cui ancora in quella fase non verrà garantita l'osservanza nel nostro ordinamento²⁴³.

In quel periodo ampia parte della dottrina, torna ad analizzare gli studi giuridici svolti in riferimento alla portata e all'interpretazione dell'articolo 11 Cost. e precedenti l'istituzione delle Comunità. Il risultato è una forte messa in discussione delle conclusioni della sentenza Costa/Enel. A tal proposito giova richiamare le tre principali interpretazioni di cui è stato oggetto l'articolo 11 Cost. C'è chi ²⁴⁴ ha considerato l'articolo in parola alla stregua di una direttiva di politica estera, ovvero, quale norma priva di qualsiasi contenuto giuridico, tale da non vincolare gli organi competenti nella materia delle relazioni internazionali e da non attribuire ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali e alle relative norme di esecuzione, alcun potere di derogare a norme costituzionali. In caso di limitazioni di sovranità si dovrà sempre ricorrere al procedimento di revisione costituzionale. Viceversa, altra dottrina minoritaria,²⁴⁵ ha sostenuto la tesi della supercostituzionalità e della precettività della norma in oggetto: dagli obblighi assunti dallo stato discenderebbero delle pretese azionabili di fronte alla Corte

limitazioni di sovranità liberamente accettate. N. CATALANO, *Portata dell'articolo 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità Europee*, Foro it., 1964 p.465-475. In senso conforme si sono espressi anche M. BERRI, *Sulla priorità del diritto comunitario*, Giustizia civile, 1964, p.1894 -1899 e G. SACERDOTI, *L'efficacia del diritto delle Comunità Europee nell'ordinamento giuridico italiano*, 1966, Milano, p. 111 ss.

²⁴² M. MAZZIOTTI, *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'Enel*, Giur. cost. 1964, p.446.

²⁴³ In quegli anni l'ordinamento italiano si caratterizza anche per la prassi di recepire i regolamenti comunitari con atti normativi interni come se fossero delle direttive. Stando a questa prassi è possibile leggere un ennesimo retaggio dell'approccio dualista ai rapporti tra ordinamenti, nonché la mancata comprensione dei peculiari meccanismi stabiliti dal trattato ai fini dell'applicazione diretta di tali fonti nell'ordinamento interno.

²⁴⁴ G. BALLADORE PALLIERI, *Competenza della Corte costituzionale riguardo al diritto delle Comunità Europee*, Dir. Int. 1966, p.255 e ss, 262 ss.

²⁴⁵ B. VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955.

costituzionale.

Ma l'opinione,²⁴⁶ maggiormente condivisa è quella che poggia su una posizione intermedia rispetto alle precedenti.

In ragione della sua collocazione tra i principi fondamentali dell'ordinamento, l'articolo 11 Cost. deve innanzitutto essere considerato quale norma vincolante e giuridicamente rilevante da cui è possibile dedurre un obbligo di fedeltà verso i doveri assunti in seguito all'adesione ad organizzazioni internazionali, ancora più intenso rispetto ai vincoli non ricadenti in tale fattispecie. Da ciò la conclusione per cui il costituente avrebbe inteso attribuire agli accordi stipulati per perseguire le finalità ex art.11, un'efficacia maggiore rispetto a tutti gli altri tipi di accordi, sia in ordine alla entità delle limitazioni, che alle garanzie della loro effettiva osservanza. La peculiarità dell'articolo 11 deve, infatti, essere rinvenuta nella sua capacità di consentire limitazioni di sovranità di carattere "perenne" che altrimenti non si sarebbero rese possibili neanche con il procedimento di revisione costituzionale. I trattati ex art.11 hanno quindi un'autorità superiore, ed ogni contrasto con gli obblighi che derivano dall'adesione all'organizzazione, si traduce in una violazione del principio consacrato nella norma costituzionale. Di contro, la sentenza Costa/Enel, non riconoscendo alcuna particolare efficacia alla legge di esecuzione dei trattati istitutivi, si discosta non solo da tale opinione dottrinale, ma anche da quella che fa rientrare questo genere di disposizioni nella categoria delle cosiddette fonti atipiche²⁴⁷. Chiamata ad esprimersi in riferimento

²⁴⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p.1497 ss.

²⁴⁷ In tale categoria rientrerebbero quelle fonti costituenti una ibridazione di forme diverse, in quanto volte a realizzare una dissociazione tra la forma degli atti che da esse emanano e l'efficacia che sarebbe inerente alla forma stessa. Il che avverrebbe nel caso a) di atti aventi efficacia ridotta rispetto a quella tipica degli atti dello stesso grado ed emessi con la stessa forma, nel senso di possedere solo la forma attiva propria degli atti medesimi e non già quella passiva di resistenza (caso di declassamento di una legge disposto da questa quando attribuisca ad una fonte inferiore, come il regolamento, di derogarla); b) di atti forniti di efficacia superiore rispetto ai successivi atti dello stesso grado cui viene a mancare la *vis abrogans* propria della *lex posterior*. E' questo nell'opinione di Mortati il caso delle leggi esecutive di trattati internazionali. Vedi C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975, p.363 e V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, Riv. trim. dir. pub, 1960, p.790 il quale fa rientrare tra le fonti atipiche le norme immesse ex art.10.1 Cost. per conformare il nostro ordinamento al diritto internazionale generalmente riconosciuto. A giudizio dell'autore tali norme non sono suscettibili di abrogazione da parte di leggi ordinarie, mentre è controverso se abbiano, forza di derogare alle disposizioni contenute nel testo della Costituzione. Di conseguenza anche le leggi di esecuzione paiono dover essere incluse in tale novero in quanto funzionali a garantire l'osservanza della consuetudine internazionale *pacta sunt servanda*. Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II*, Padova, 1993, p.235 ss.

alla medesima controversia su cui già la Corte costituzionale si era pronunciata, con la sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, la Corte di giustizia delle Comunità europee, sulla scia di quanto già aveva dichiarato nel caso Van Gend & Loos, si soffermerà sull'analisi delle caratteristiche che rendono peculiare l'ordinamento comunitario, traendo implicitamente da esse il principio del primato del diritto comunitario.

La Corte di giustizia mette in evidenza come a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato Cee abbia istituito un proprio ordinamento che pur costituendo una fonte autonoma, si integra negli ordinamenti giuridici degli stati membri ed è dotato di precisi connotati²⁴⁸. Da tale integrazione e dallo spirito e dai termini del trattato, la Corte fa discendere il corollario per cui gli stati non possono fare prevalere contro l'ordinamento comunitario, che essi hanno accettato a condizioni di reciprocità, un provvedimento unilaterale. Diversamente ne risulterebbe compromesso il principio di unità (art. 177 Tce) ed il principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito dai trattati²⁴⁹. Se poi si considerano i diritti individuali derivanti dai trattati per come riconosciuti dalla sentenza Van Gend & Loos, si comprende come, in caso di applicazioni

²⁴⁸ La Corte di giustizia definisce la Comunità europea come una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli stati alla Comunità. Gli stati hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi. Vedi motivazione sentenza 15 luglio 1964 della Cgce.

²⁴⁹ Vedi motivazione sentenza 15 luglio 1964 della Cgce. «Se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del trattato contemplata nell'art. 5, secondo comma, e causerebbe una discriminazione vietata dall' art.7. Gli obblighi assunti col trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi. I casi in cui gli stati hanno diritto di agire unilateralmente sono espressamente indicati (v. ad es. articolo 15, 93 n. 3, 223/225) e d' altronde le domande di deroga degli stati sono soggette a procedure d' autorizzazione (v. ad es. gli articoli 8 n. 4, 17 n. 4, 25, 26, 73, 93 n. 2, terzo comma, e 226) che sarebbero prive di significato qualora essi potessero sottrarsi ai loro obblighi mediante una semplice legge interna. La preminenza del diritto comunitario trova conferma nell' art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli stati membri. Questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari. Dal complesso dei menzionati elementi discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità». Vedi anche P. GORI, *La preminenza del diritto della Comunità Europea sul diritto interno degli stati membri*, Giur. it. 1964, 1073-1086. e M. BERRI, *Sulla priorità del diritto comunitario*, Giustizia civile, 1964, p.1894-1899.

diversificate delle norme comunitarie, le differenziazioni di trattamento sarebbero ancora più vistose²⁵⁰.

In particolare, nella sua difesa, il governo italiano, sulla scorta della pronuncia della Corte costituzionale²⁵¹ aveva eccepito l'inammissibilità assoluta della domanda del giudice conciliatore di Milano, assumendo che il giudice nazionale tenuto ad applicare la legge interna, non avesse motivo di valersi della procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁵².

Secondo il governo italiano, dovendo applicare la legge istitutiva dell'Enel e non una disposizione del Trattato, il giudice non necessitava di un'interpretazione della Corte di giustizia, né la Corte, adita ai sensi dell'articolo 177 TCE poteva pronunciarsi su una violazione del diritto comunitario commessa da uno stato membro attraverso una legge interna. In tal caso, sostiene il governo italiano, l'unica procedura attivabile avrebbe dovuto essere quella prevista agli art.169-171 TCE dalla quale sono esclusi i soggetti diversi dagli stati.

Pare corretto osservare come il governo italiano, partendo dal presupposto che il contrasto tra norma interna e comunitaria non assuma rilievo costituzionale, abbia esteso all'ambito comunitario tale impostazione, sostenendo la non automatica rilevanza di tali conflitti che devono essere, invece, presi in considerazione solo nell'ambito delle procedure specificamente previste nei trattati.²⁵³

Nelle sue conclusioni alla causa 6/64 l'avvocato generale Lagrange preciserà a tale riguardo come l'approvazione di norme interne in contrasto con norme comunitarie non configura una violazione qualsiasi, ovvero, non rileva solo ai sensi degli articoli 169-171 Tce. Tale violazione contrasta con il principio fondamentale in base al quale i cittadini degli stati membri risultano a pieno titolo soggetti dell'ordinamento comunitario ed hanno diritto di ottenere in eguale misura la medesima protezione giuridica. Tale principio costituisce un canone fondamentale di valutazione sia per la Corte nell'ambito della pronuncia pregiudiziale, sia per il giudice nazionale chiamato a tutelare i diritti individuali, e ciò a prescindere dalla facoltà della Corte di esprimersi circa la compatibilità del

²⁵⁰ Cfr. Conclusioni Avv. gen. Roemer in riferimento alla causa 26/62 Cgce e. P. GORI, *op. ult. cit.* p.1081.

²⁵¹ Sentenza della Corte costituzionale n.14 del 1964.

²⁵² Sentenza della Corte di giustizia 15 luglio 1964, causa 6/64.

²⁵³ Sentenza della Corte di giustizia 15 luglio 1964, causa 6/64 e SACERDOTI, *op. ult. cit.* p.128.

diritto interno con il diritto comunitario attraverso le specifiche procedure stabilite dal trattato²⁵⁴.

La sentenza Costa/Enel è stata d'importanza capitale in quanto ha visto la Corte di giustizia pronunciarsi direttamente sulla questione della posizione che compete al diritto comunitario rispetto alla legislazione statale, affermando in maniera incisiva la superiorità del diritto comunitario rispetto al diritto interno degli stati membri e ciò a prescindere dal modo in cui le singole norme costituzionali vigenti in ciascuno stato membro regolano i rapporti tra diritto interno e diritto internazionale²⁵⁵.

Da quanto esposto emerge un aperto contrasto tra il giudicato della Corte costituzionale e quello della Corte di giustizia. Il supremo giudice italiano muove da una rigida visione dualista che considera ordinamento comunitario e ordinamenti interni come assolutamente separati e provvisti di contenuti incomunicabili, a meno che non intervengano meccanismi di adattamento funzionali all'inserimento delle norme dell'ordinamento estero in quello statale. Di contro, la Corte del Lussemburgo, interpreta il concetto di autonomia in ragione delle limitazioni di competenza o dei trasferimenti di attribuzioni accettati sulla base della ratifica dei trattati, delinea una visione dei rapporti interordinamentali di nuovo genere in quanto non riconducibili né agli schemi dualisti, né a quelli monisti di tipo classico. Attraverso queste prime pronunce la Corte di giustizia getta le basi di una ben precisa narrativa che ruoterà costantemente intorno al rapporto d'integrazione che caratterizza le relazioni tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, nonché sul primato del diritto comunitario.

Alla luce di tali considerazioni è possibile concludere come ancora, alla fine degli anni Sessanta, in assenza di un'univoca giurisprudenza comunitaria e nazionale e del riconoscimento del primato del diritto comunitario, questo non riuscisse ad imporsi autonomamente. Tale mutamento avverrà solo negli anni Settanta.

²⁵⁴ Vedi conclusioni Avv. gen. Lagrange in causa 6/64 Cgce.

²⁵⁵ P. GORI, *op. ult. cit.*, p.1075-1076.

1.9.3.2 Il dialogo tra le Corti e le sentenze degli anni Settanta

La sentenza n.183 del 1973 (Frontini) della Corte costituzionale segna una tappa decisiva nel percorso giurisprudenziale che ha visto l'ordinamento italiano giungere, dopo quasi vent'anni dall'adesione ai Trattati di Roma, al riconoscimento del primato del diritto comunitario sul diritto interno²⁵⁶.

Attraverso questa pronuncia il giudice delle leggi rompe con il precedente indirizzo giurisprudenziale adottato nel caso Costa/Enel.

In tale circostanza la Corte aveva escluso l'ipotesi di conferire rilievo costituzionale ai conflitti tra norme interne e norme comunitarie²⁵⁷ in ragione del rango primario della legge di ratifica dei trattati comunitari, nonché della mera natura permissiva riconosciuta all'articolo 11 Cost. ed al conseguente necessario ricorso al principio della *lex posterior* anche per la soluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario. Mentre in riferimento al caso Costa/Enel la Corte costituzionale viene chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale di una legge ordinaria, nel caso affrontato nella sentenza n. 183/1973 la questione di costituzionalità verte sulla conformità della legge di esecuzione e ratifica dei trattati di Roma (Legge 1203/1957) e in particolare dell'articolo 2 che ha dato esecuzione all'articolo 189 Tce, con gli articoli 23, 70,71,72,73,74,75 Cost. (ordinanza rimessione Tribunale di Torino) e con gli articoli 70,76,77 Cost. (ordinanza rimessione Tribunale di Genova).

Il ricorrente lamentava che attraverso il recepimento dell'articolo 189 del Trattato Ce era stata riconosciuta efficacia obbligatoria ed immediata applicabilità ai regolamenti comunitari, fonti primarie aventi sì, forza e valore di legge ordinaria, ma emanate da organi diversi da quelli a cui la Costituzione ha attribuito l'esercizio della funzione legislativa.

In base all'atto di ricorso i regolamenti non risulterebbero, inoltre, coperti delle garanzie previste dal nostro ordinamento per la legge, ovvero, la promulgazione,

²⁵⁶ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, Giur.cost, II, 1973, , p.2406-2419, G. PANICO, *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza n. 183/1973*, Riv.dir.eur. 1974, 200-233, J. V. LOUIS, *Sur le thème: recours constitutionnel et primauté du droit communautaire*, Giur.Cost, III, 1973, p.3231.

²⁵⁷ La Corte si era pronunciata per l'inammissibilità della questione di costituzionalità avente ad oggetto la presunta violazione dell'articolo 11 Cost., da parte della legge che andava a nazionalizzare la produzione e l'erogazione dei servizi di energia elettrica per il tramite della legge di esecuzione dei Trattati di Roma.

la pubblicazione, la promozione del referendum abrogativo ed il ricorso alla Corte costituzionale a tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. Anche la possibilità di imporre prestazioni patrimoniali tramite regolamenti viene ritenuta essere una previsione in contrasto con un'altra storica garanzia, quella della riserva di legge sancita all'articolo 23 Cost.

A legittimare i trasferimenti di sovranità derivanti dalla partecipazione alle Comunità europee, secondo i ricorrenti, non può essere chiamato in causa l'articolo 11 Cost. , perché oltre a essere una norma meramente programmatica, quand'anche venga impiegato come base legale per l'adesione ad organizzazioni internazionali, necessita che vengano adottate leggi costituzionali. Di contro, a sancire l'entrata italiana nella Ce era stata una legge ordinaria approvata in vista della partecipazione ad un'organizzazione internazionale che si pone finalità economiche e non di pace e giustizia come recita il dettato dell'articolo 11 Cost.

Appellandosi alle norme contenute nel preambolo del Trattato, a quelle sui principi, sui fondamenti e sulla politica della Comunità, la Corte costituzionale dichiara che la legge di ratifica del Trattato Ce trova sicuro fondamento nell'articolo 11 Cost.

Collocato tra i principi fondamentali del nostro ordinamento, l'articolo 11 Cost. segna un chiaro e preciso indirizzo politico consistente nel predisporre le basi giuridiche della partecipazione italiana all'ONU e al contempo delineare dei principi programmatici di valore generale di cui la Comunità economica europea e le altre organizzazioni regionali europee costituiscono un'attuazione.

L'articolo 11 oltre a legittimare l'apertura dell'Italia a forme di collaborazione ed organizzazione internazionale, ha autorizzato le limitazioni di sovranità implicanti un parziale trasferimento agli organi comunitari dell'esercizio della funzione legislativa, esecutiva e giudiziaria in base ad un preciso criterio di ripartizione di competenze *ratione materiae*. Ribadendo un concetto già espresso nella sentenza n. 98 del 1965, la Consulta dichiara che attraverso il conferimento ed il riconoscimento di determinati poteri sovrani, l'Italia, insieme agli altri stati fondatori, ha dato vita ad un ordinamento autonomo ed indipendente, che sulla base dell'art.189 Tce attribuisce alla Commissione ed al Consiglio il potere di produrre atti aventi contenuto normativo generale, forniti di efficacia obbligatoria

in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli stati membri²⁵⁸. A questo punto la Corte precisa come tale attribuzione di potestà normativa abbia comportato come contropartita l'acquisizione di poteri nell'ambito della nuova istituzione, e segnatamente il diritto di nominare propri rappresentanti presso l'Assemblea ed il Consiglio e di concorrere alla formazione della Commissione e della Corte di giustizia. La Corte, ritornando su quanto affermato nella sentenza n. 14 del 1964, sottolinea poi come l'articolo 11 abbia valore sia sostanziale che procedimentale nel senso che autorizza, alle condizioni da esso fissate, delle limitazioni di sovranità che non comportano l'esercizio del potere di revisione costituzionale da parte del parlamento. I regolamenti devono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli stati membri senza necessitare di provvedimenti interni di carattere riproduttivo, integrativo ed esecutivo, che possano *differirne o condizionarne l'entrata in vigore e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli anche parzialmente*²⁵⁹.

In particolare la Corte osserva come la necessità di emanare norme esecutive o di organizzazione o di provvedere a nuove o maggiori spese prive della copertura ex art. 81 Cost., non può costituire condizione o motivo di sospensione dell'applicabilità della norma comunitaria.

In risposta all'accusa di illegittimità costituzionale volta dal ricorrente nei confronti dei regolamenti comunitari, la Corte costituzionale dichiara che la prima garanzia di legittimità prevista in riferimento a tali fonti, è data dal fatto che le istituzioni comunitarie adottano i regolamenti solo nell'ambito delle competenze loro attribuite dai trattati, infatti, l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno pur essendo due sistemi giuridici autonomi e distinti, sono coordinati secondo la ripartizione di competenze garantita dal trattato²⁶⁰.

In secondo luogo, osserva la Corte, in riferimento all'esercizio delle funzioni normative è stata stabilita dal trattato Cee un'ampia gamma di tutele giuridiche

²⁵⁸ Punto 5, motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973.

²⁵⁹ Punto 7, motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 183 del 1973.

²⁶⁰ Nella precedente sentenza n. 98/1965 la Corte costituzionale aveva fatto riferimento a due ordinamenti giuridici distinti e separati, nonché alla ripartizione di competenze quale criterio atto a delimitare gli effetti interni delle attività che gli organi comunitari sono legittimati a svolgere. Nella pronuncia n. 183/1973 interviene l'elemento della coordinazione quale ulteriore tassello aggiunto dal giudice delle leggi ai fini della configurazione della natura delle relazioni tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, oggi ordinamento Ue.

volta alla produzione dei regolamenti: il controllo dell'Assemblea sull'operato di Commissione e Consiglio, la partecipazione del governo italiano e la vigilanza dei parlamenti nazionali, l'obbligo di motivazione e di riferirsi alle proposte od ai pareri richiesti in esecuzione del trattato, nonché la pubblicazione, a cui vanno aggiunte le tutele giurisdizionali di cui si fa garante la Corte di giustizia.

Sulla base di tale giudicato, la Corte costituzionale accetta in via astratta il principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile sul diritto interno anche costituzionale, ma lo fa dichiarando che esistono dei *limiti* alle limitazioni di sovranità a cui il nostro ordinamento ha acconsentito entrando nella Comunità europea.

Nelle argomentazioni di cui si avvale, la Corte parte dal presupposto che in via teorica, perseguendo la Comunità europea delle finalità economiche e traendo origine da un accordo stipulato da paesi i cui ordinamenti si “ispirano ai principi dello stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini”, risulta difficile ipotizzare che un regolamento possa incidere in materia di rapporti civili etico sociali o politici ed eventualmente violare le disposizioni della Costituzione italiana in materia di principi e diritti fondamentali.

Qualora, questa remota ipotesi si traducesse in realtà, la Corte si dichiara competente a sindacare la conformità del trattato, attraverso un giudizio sulla legge di esecuzione, ai principi della Costituzione presunti violati. Al contempo, la Corte dichiara la sua incompetenza ad esprimersi in merito alla legittimità costituzionale dei singoli regolamenti in quanto non rientranti tra gli atti che in base all'articolo 134 Cost. possono essere oggetto del giudizio di costituzionalità.

Se per un verso, la Corte costituzionale perviene al riconoscimento del principio del primato del diritto comunitario, in concreto nulla viene detto sui mezzi di cui il nostro ordinamento si avvarrà per garantire la prevalenza delle norme comunitarie nei casi in cui contrastino con leggi interne.

Qualora un regolamento contrastasse con una legge nazionale precedente, in ragione del principio della *lex posterior*, il giudice o l'operatore può procedere nell'applicazione della fonte comunitaria.

Il problema nasce nei casi di regolamenti contrastanti con leggi successive in quanto in assenza di chiare indicazioni da parte della Consulta, i giudici non sanno

come agire al fine di garantire l'osservanza del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno.

Al contempo, in quegli anni, in Italia non accenna ad essere messa in discussione la singolare pratica di matrice dualista, consistente nella riproduzione dei regolamenti comunitari in atti normativi interni.

Ad indicare un indirizzo risolutivo interverrà la pronuncia n. 232 del 1975 (Società industrie chimiche Italia centrale c. Ministero commercio estero) della Corte costituzionale.

Ritornando su quanto dichiarato nel caso Frontini, il giudice delle leggi condanna la prassi riproduttiva dei regolamenti a mezzo di norme legislative interne in quanto, implica la possibilità di differirne, in tutto o in parte l'applicazione, in aperto contrasto con l'articolo 189, secondo comma del Trattato di Roma.

La trasformazione del diritto comunitario in diritto interno comporta, inoltre, un'altra ben più grave conseguenza: sottrae alla Corte di giustizia l'interpretazione in via definitiva del diritto comunitario producendo una palese violazione del regime stabilito nell'art.177 dello stesso Trattato quale necessaria e fondamentale garanzia di uniforme applicazione in tutti gli stati membri.

In riferimento a tali leggi riproduttive dei regolamenti, la Corte costituzionale dichiara che i giudici dovranno sollevare questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale per violazione dell'articolo 11. Il medesimo rimedio viene indicato ai fini della soluzione delle antinomie tra regolamenti comunitari e leggi interne successive.

In tal senso la Corte esclude la possibilità per il giudice comune di disapplicare le norme di legge o aventi valore di legge nel presupposto di una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno.

Da scartare, risulta per la Consulta anche l'ipotesi di una declaratoria di nullità della legge successiva interna in quanto, osserva la Corte *il trasferimento agli organi della Comunità del potere di emanare norme giuridiche sulla base di un preciso criterio di ripartizione di competenze per determinate materie [...] comporterebbe come conseguenza una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria.* La Corte non ritiene

configurabile nemmeno la possibilità di contemplare la disapplicazione, quale effetto di una scelta tra norma comunitaria e norma interna, consentita di volta in volta al giudice italiano sulla base di una valutazione della rispettiva resistenza, ciò equivarrebbe a riconoscere al giudice il potere di accertare e dichiarare una incompetenza assoluta del nostro legislatore sia pure limitatamente a determinate materie²⁶¹.

Due anni dopo la Corte costituzionale rivedrà parzialmente tale indirizzo, andando a precisare nella sentenza n.163 del 1977 che, mentre le antinomie tra diritto comunitario immediatamente applicabile e leggi interne successive configurano un'ipotesi di violazione dell'articolo 11 Cost. ed impone al giudice di sollevare questione di costituzionalità di fronte alla Consulta, differente sarà la condotta ad esso richiesta nel caso opposto.

Di fronte a regolamenti configgenti con disposizioni di legge ad essi anteriori, il giudice può direttamente disapplicare il diritto interno configgente, in quanto l'ingresso di tali fonti comunitarie nell'ordinamento italiano ha tra l'altro prodotto l'effetto di abrogare implicitamente le disposizioni interne contrastanti, sottraendo in tal caso il giudice dall'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale per chiederne l'annullamento²⁶².

In quegli anni si sviluppa, inoltre, un acceso dibattito sui problemi connessi all'indeterminatezza dell'area delle funzioni trasferibili ad entità sovranazionali, questione che ancora oggi risulta essere di grande attualità.

In particolare, la giurisprudenza e la dottrina europee sono state accusate di non avere elaborato una teoria costituzionalistica sul superamento dello stato nazionale e sui limiti della deroga al modello costituzionale nella fase di transizione. In Italia il ricorso all'articolo 11 Cost. è stato giudicato frettoloso e poco problematico in quanto non sono stati individuati i limiti e le forme sulla base delle quali è possibile prevedere delle limitazioni alla sovranità nazionale²⁶³.

Diversa è negli stessi anni l'impostazione che la Corte di giustizia sostiene in riferimento ai mezzi attraverso cui garantire il principio del primato del diritto

²⁶¹ Punto 6, considerato in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1975.

²⁶² Punto 8, considerato in diritto sentenza della Corte costituzionale n.163/1977.

²⁶³ G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, Riv. trim.dir.pub., II, 1977.

comunitario sul diritto interno. Sulla base del medesimo ragionamento giuridico formulato nel caso *Costa/Enel*, il giudice del Lussemburgo con la sentenza 9 marzo 1978 in causa 106/1977 (*Simmenthal*) condanna la prassi di subordinare l'applicazione del principio del primato del diritto comunitario alla pronuncia degli organi nazionali di legittimità costituzionale oppure all'intervento dell'organo legislativo.

In seguito ad un ricorso in via pregiudiziale presentato dal pretore di Susa nel luglio 1977, la Corte di giustizia viene chiamata ad esprimersi sulla corretta interpretazione da dare all'articolo 189 del Trattato e quindi al principio della diretta applicabilità del diritto comunitario in riferimento ai casi in cui la norma comunitaria contrasti con una norma interna nazionale posteriore.

In una fase precedente della controversia, lo stesso pretore si era già rivolto alla Corte di giustizia per chiedergli di pronunciarsi circa la compatibilità con il Trattato Cee e con il regolamento del consiglio 27 giugno 1968, n.805, di alcuni diritti di visita sanitaria riscossi sulle importazioni di carni bovine in forza del testo unico delle leggi sanitarie italiane, diritti il cui importo era stato fissato nella tabella allegata alla legge 30 dicembre 1970 n. 1239.

In forza della sentenza 35/76²⁶⁴ con cui il giudice del Lussemburgo ritiene l'imposizione di questi tributi incompatibile con il diritto comunitario, il pretore di Susa ingiunge all'Amministrazione delle Finanze dello Stato di rimborsare i diritti indebitamente percepiti e gli interessi maturati. A questo punto, dopo l'opposizione presentata dall'Amministrazione delle Finanze al decreto ingiuntivo, il pretore, rilevando di trovarsi di fronte ad un caso di contrasto tra norme comunitarie immediatamente applicabili ed una legge nazionale posteriore, si rivolge nuovamente alla Corte di giustizia. In particolare, il giudice italiano chiede delucidazioni in riferimento a quale sia, in base all'articolo 189 Tce, il

²⁶⁴ «Un onere pecuniario imposto unilateralmente, a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura, e che colpisce le merci importate da un altro Stato membro al passaggio della frontiera, costituisce una tassa di effetto equivalente a un dazio doganale, essendo irrilevante il fatto ch'esso sia commisurato alla quantità delle merci importate e non al loro valore, e che sulla valutazione degli effetti prodotti dalla riscossione di un tributo del genere sulla libera circolazione delle merci non influisce neppure la circostanza ch'esso sia proporzionato alle spese per il controllo sanitario, in quanto l'attività amministrativa dello Stato diretta ad attuare tale controllo nell'interesse generale non può essere considerata un servizio reso individualmente all'importatore, e di conseguenza le relative spese devono essere poste a carico della collettività nazionale che, nel suo complesso, fruisce dei vantaggi derivanti dalla libera circolazione delle merci». Sentenza della CGCE 15 dicembre 1976 in causa 35/76, *Simmenthal S.p.a. contro Ministero delle finanze*.

procedimento a cui fare ricorso per garantire la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, considerate le differenti soluzioni configurate rispettivamente dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n.232 del 1975 e dalla Corte di giustizia nella sentenza 15 luglio 1964 in causa 6/64.

Il pretore si chiede se la tutela delle posizioni giuridiche soggettive attribuite dal diritto comunitario possa essere rinviata al momento della effettiva rimozione da parte dei competenti organi nazionali delle eventuali misure nazionali contrastanti, ed inoltre, se tale operazione debba avere in ogni caso efficacia totalmente retroattiva in modo da evitare ogni conseguenza pregiudizievole per le situazioni giuridiche soggettive.

La Corte di giustizia dichiara che l'applicabilità diretta deve essere intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità²⁶⁵.

Le disposizioni comunitarie direttamente applicabili producono l'effetto, per il solo fatto della loro entrata in vigore, di rendere qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, inapplicabile; esse, inoltre, facendo parte integrante degli ordinamenti nazionali ed avendo rango superiore alle norme interne, impediscono la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali incompatibili con le norme comunitarie²⁶⁶.

Se il giudice non potesse applicare in via immediata il diritto comunitario verrebbe tra l'altro ridotto l'effetto utile del ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia attivabile a norma dell'articolo 177 Tce. A tale proposito la Corte di giustizia conclude dichiarando che: *«Il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. [...] Egli ha inoltre l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni*

²⁶⁵ Punto 14, sentenza della Corte di giustizia, 9 marzo 1978.

²⁶⁶ Punto 17, sentenza della Corte di giustizia, 9 marzo 1978.

giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario, senza dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera degli organi nazionali all'uopo competenti, delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie»²⁶⁷.

Il quadro fin ora delineato mostra come alla fine degli anni Settanta si fosse ancor di più consolidata quella divergenza di prospettive giurisprudenziali che aveva caratterizzato la giustizia costituzionale e la giustizia comunitaria nel rapporto tra le fonti.

In dottrina, pur accedendo al principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, continuò a riproporsi in modo problematico il rapporto tra le fonti dell'ordinamento comunitario rispetto all'ordinamento interno.

In particolare l'assenza di una norma di collisione,²⁶⁸ intesa quale strumento di risoluzione delle antinomie tra le fonti a garanzia del primato del diritto comunitario, pone in quegli anni i giudici italiani di fronte alla scelta di aderire, o all'indirizzo della Corte di giustizia, o a quello interno della Corte costituzionale. Dalla prospettiva monista della Corte di giustizia è stato ritenuto in dottrina²⁶⁹ un rapporto di gerarchia tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario a favore di quest'ultimo con la conseguenza di un processo d'implicazione tra i due sistemi. Da qui la formazione di una narrativa che fonda sull'istituto della disapplicazione lo strumento di risoluzione dei conflitti tra atti normativi appartenenti all'ordinamento interno ed a quello comunitario. Nella costruzione di un sistema monista e integrato, le fonti comunitarie divengono di fatto parte dei singoli ordinamenti nazionali cosicché *in forza del principio della preminenza del*

²⁶⁷ Punto 26, sentenza della Corte di giustizia, 9 marzo 1978. In tal senso vedere anche punto 38 della sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, cause riunite C-188/10 e C-189/10 (Melki e Abdeli).

²⁶⁸ Vedi I. FEUSTEL, *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, Riv. dir. Eur., 1976, p.187-189. L'autore identifica nella teoria dualista, nella rigidità della Costituzione e nel controllo accentrato di costituzionalità, le tre caratteristiche che sia nell'ordinamento italiano che in quello tedesco, hanno inciso in maniera maggiormente determinante sulle relazioni giuridiche venute ad instaurarsi tra ordinamento nazionale e comunitario. Vedi anche G. MOTZO, *Un conflitto tra primazie in posizione, in Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p. 211.

²⁶⁹ Cause CGCE 26/62, 6/64, 106/77. Cfr. E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty-Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa Case*, Michigan law review, 1965, p.491-518, H. P. IPSEN, *Rapport du droit des Communautés Europeennes avec le droit national*, Riv. dir. eur. 1965, p.99, R. MONACO, *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in Giur. it., I, 1964, p.1312.

diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere 'ipso jure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche –in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri- di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie²⁷⁰.

La Corte di giustizia dichiara quindi illegittimo sia il ricorso all'intervento del legislatore che quello ad organi competenti ad effettuare il controllo di costituzionalità ai fini della garanzia del principio del primato del diritto comunitario, in quanto impediscono l'applicazione piena, immediata ed uniforme dei regolamenti comunitari (articoli 189 e 177 Tce).

La Corte costituzionale italiana, invece, muovendo dall'approccio dualista, considera ordinamento interno e comunitario come due realtà distinte e separate (sentenze n. 98/1965 e 183/1973) sebbene coordinate sulla base del principio della ripartizione delle competenze (n. 183/1973).

A corollario di tale costruzione deve essere posta la circostanza per cui l'ordinamento nazionale, pur avendo accettato le limitazioni di sovranità necessarie a sostanziare la partecipazione italiana alle Comunità, fissa nella Costituzione e in particolare nell'articolo 11 il fondamento di legittimità della partecipazione all'ordinamento comunitario. Stesso discorso vale per la *kompetenz- kompetenz*, ritenuta risiedere sempre nella sfera costituzionale interna.²⁷¹

Da qui l'idea per cui le fonti comunitarie essendo prodotte da organi che si pongono al di fuori della cornice statale in quanto non rientranti tra quelli a cui la Costituzione attribuisce il potere di creare norme giuridiche, costituiscono delle fonti straniere che non entrano a fare parte integrante dell'ordinamento italiano.

Risulta in tal senso impossibile nell'ottica della Corte costituzionale configurare,

²⁷⁰ Punto 3, sentenza della Corte di giustizia 9 marzo 1978.

²⁷¹ Cfr. J. V. LOUIS, *Sur le thème: recours constitutionnel et primauté du droit communautaire*, Giur.Cost, III, 1973, p.3231.

come invece in quel momento auspicava la Corte di giustizia, un potere generale di disapplicazione in capo ai giudici comuni.

Innanzitutto perché ciò implicherebbe la necessità di assumere che la norma interna contrastante con il regolamento comunitario sia a priori nulla o inesistente e quindi immediatamente disapplicabile²⁷².

Ipotesi questa, difficilmente accettabile nell'ordinamento italiano che considera le fonti primarie solo come potenzialmente illegittime, quindi annullabili, ma comunque efficaci fino al momento dell'annullamento da parte della Corte costituzionale. Tale previsione costituisce una forma di garanzia del principio democratico e della relativa posizione di centralità che il parlamento e la funzione legislativa e normativa da esso svolta rivestono nel nostro ordinamento. In base all'articolo 101 Cost., inoltre, i giudici sono soggetti soltanto alla legge nel senso di essere tenuti a svolgere esclusivamente un'attività di tipo interpretativo indirizzata *in primis* alla corretta individuazione delle norme da applicare al caso concreto e poi all'estrapolazione del preciso significato da dare al contenuto letterale delle disposizioni. Nel caso in cui il giudice abbia un fondato dubbio circa la legittimità costituzionale di una legge o di un atto normativo ex art.134.1 Cost., può solo limitarsi a sollevare questione di costituzionalità di fronte alla Corte costituzionale. Di contro, nei sistemi di Common law, a cui la Corte di giustizia si è ispirata nella scelta della posizione assunta nel caso *Simmenthal*, esiste un controllo diffuso di costituzionalità²⁷³ che attribuisce a giudici eletti dal popolo il potere di disapplicare fonti primarie in riferimento al caso concreto. Pur trovandosi concordi sul riconoscimento del principio del primato del diritto comunitario, le due supreme Corti alla fine degli anni Settanta assumono posizioni nettamente contrapposte²⁷⁴ quanto alla scelta dei mezzi attraverso i quali garantirne l'effettiva applicazione. Propensa ad accogliere le tecniche giurisdizionali recepite dai sistemi di Common law, la Corte di giustizia, trova

²⁷² F. MODUGNO, *E' illegittimo l'articolo 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee?*, Giur. cost. I, 1979, , p.924-925.

²⁷³ Vedi sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 24 febbraio 1803 (*Marbury vs. Madison*).

²⁷⁴ Secondo Barile tale stato di cose configurava un conflitto "gravissimo" e "durissimo". Cfr. P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p.62-63. In senso contrario vedi G. L. TOSATO, *Il caso Simmenthal: il conflitto tra la corte comunitaria e la corte costituzionale è davvero preoccupante ?* in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p. 305.

difficile accettare e decisamente rigetta, le istanze avanzate dalla Corte costituzionale italiana, la quale, a sua volta, percepisce come eccessivamente avanguardisti gli strumenti previsti dal giudice lussemburghese ai fini della effettiva garanzia del principio del primato.

Tuttavia, la Corte italiana resasi conto degli inconvenienti prodotti da tale stato di cose, rivolge nella sentenza n. 232 del 1975 un preciso monito al governo ed al parlamento italiano affinché provvedano per quanto possibile ad eliminare i provvedimenti interni che riproducono norme dei regolamenti comunitari direttamente applicabili o che con essi contrastano. Al contempo li esorta ad evitare per l'avvenire di emanare "provvedimenti non strettamente necessari per l'applicazione dei regolamenti stessi"²⁷⁵.

Tali pronunce hanno inoltre, prodotto l'effetto di accendere un vivace dibattito nel contesto della dottrina internazionalistica e costituzionalistica italiana che ha condotto ad un'analisi critica molto variegata in riferimento alla natura dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario.

Autorevole dottrina²⁷⁶ ha osservato come le norme di adattamento al diritto comunitario vadano ad operare una ripartizione di competenze tra legislatore italiano e legislatore comunitario, di modo che eventuali conflitti dovranno essere risolti a favore della norma legittima, cioè emanata nell'ambito della competenza materiale ad essa assegnata.

Alla luce di tali premesse è stata condotta una vigorosa difesa del ricorso alla questione di costituzionalità quale garanzia del primato del diritto comunitario.

L'intervento della Corte costituzionale, oltre a costituire la scelta costituzionalmente più corretta, è stata ritenuta essere quella più di tutte capace di offrire il maggiore grado di efficacia e di certezza al diritto comunitario all'interno

²⁷⁵ Punto 10, motivazione in diritto, sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1975.

²⁷⁶ F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Milano, 1970, p.129. «Nei rapporti tra Stati membri e Comunità si ha una ripartizione tendenzialmente materiale di competenza, nel senso che, pur non essendovi un'elencazione di materie attribuite alla disciplina degli organi comunitari, dai fini positivamente indicati dai trattati e dai poteri, di cui quelli sono dalle norme dei trattati medesimi dotati, è possibile dedurre un correlativo obbligo di astensione da parte degli organi degli stati membri». Vedi anche M. PANEBIANCO, *Sovranità limitata e sovranità riservata, favor comunitario e controlli giurisdizionali* in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p.224. Secondo l'autore l'articolo 11 Cost. avrebbe dato vita ad un regime costituzionale misto nei rapporti tra l'Italia e le Comunità, che è insieme di trasferimento di competenza, di riserva di competenza, di competenza esclusiva e di competenza concorrente.

del nostro sistema giuridico²⁷⁷.

Altra dottrina,²⁷⁸ pur condividendo la tesi della ripartizione di competenze, considerandole però come ben determinate o “enumerate”, non ha accettato lo strumento del giudizio di costituzionalità ai fini della garanzia del primato in caso di conflitto tra diritto comunitario immediatamente applicabile e diritto interno successivo.

Tale conflitto porrebbe il giudice di fronte a due norme inapplicabili contemporaneamente, una delle quali risulta però essere “assistita dalla regola della prevalenza,” cosicché, qualora egli non abbia dubbi di costituzionalità, potrà limitarsi a preferire la norma comunitaria a quella interna. Quindi non di disapplicazione, bensì di applicazione parrebbe corretto parlare, nel senso che il giudice sarebbe posto di fronte alla scelta di quale norma applicare in ossequio al criterio di specialità-competenza.

Diversamente, il ricorso alla Corte costituzionale risulterebbe necessario nel caso in cui una fonte comunitaria violi una disposizione costituzionale in materia di principi o diritti o si proponga di sottoporre a revisione costituzionale l'articolo 139 Cost. In tal caso configurandosi una “patologia del sistema” ed essendovi un conflitto tra norme di grado diverso (regolamenti comunitari intesi quali fonti atto primarie e disposizioni costituzionali) esisterebbero i prerequisites per sollevare questione di costituzionalità²⁷⁹.

1.9.3.3 La sentenza n. 170 del 1984

Con la sentenza n.170 del 1984 la Corte costituzionale, pur non rinunciando all'impostazione fino a quel momento accolta, fondata sulla separazione ed autonomia di ordinamento comunitario e ordinamento interno, si pronuncia per

²⁷⁷ F. SORRENTINO e S. M. CARBONE, *Corte di giustizia o Corte federale delle Comunità Europee*, in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p.114. Vedi anche N. CATALANO, *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, Giustizia civile, 1978, p.819-820, in cui l'autore osserva come la dichiarazione di costituzionalità costituisca un rimedio definitivo ed inoppugnabile avente efficacia erga omnes, a differenza del giudizio di disapplicazione che è impugnabile.

²⁷⁸ P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p.68-71.

²⁷⁹ BARILE, *op. ult. cit.*

l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sottoposta. Contrariamente a quanto dichiarato nella sentenza n.232 del 1975, la Corte arriva a concludere che le antinomie tra diritto comunitario immediatamente applicabile e le fonti primarie interne successive, devono essere risolte in via diretta dal giudice comune e non attraverso l'instaurazione di un giudizio di costituzionalità. Il giudice dovrà disapplicare la normativa interna configgente, in riferimento al caso concreto, sia che essa preceda sia che segua il diritto comunitario immediatamente applicabile.

Si deve precisare come, a tale statuizione la Corte non giunge modificando le premesse da cui, nelle passate pronunce in materia era partita per sviluppare i suoi ragionamenti giuridici: la Corte, infatti, continua a rifiutare qualsiasi approccio gradualistico che ponga l'ordinamento comunitario su un piano gerarchicamente sovraordinato a quello del diritto interno.

I due ordinamenti continuano ad essere considerati separati ed autonomi ed al contempo coordinati sulla base del principio di attribuzione di competenze *ratione materiae*. Le fonti di produzione normativa dei due ordinamenti restano distinte e in particolare le fonti comunitarie, non possono essere considerate fonti interne.

Esse esplicano i propri effetti negli ambiti loro affidati dai Trattati, e vi riescono in quanto in quei campi l'ordinamento italiano si ritrae per consentire la loro applicazione. In tal modo la Corte costituzionale non mette in discussione l'assunto secondo cui alle norme comunitarie ad efficacia diretta non può essere riconosciuto il potere di rendere automaticamente nulle le norme interne prodotte in violazione del diritto comunitario.

Il supremo giudice italiano, pur non accogliendo integralmente l'indirizzo giurisprudenziale sancito dalla Corte di giustizia nel caso Simmenthal (natura gerarchica dei rapporti ed annesse conseguenze) accetta di sostituire al giudizio accentrato di compatibilità tra diritto interno e comunitario, una forma di giudizio diffuso, che però dichiara non essere sufficiente nel caso in cui l'incompatibilità afferisca il nucleo duro della Costituzione.

Ritornando su quanto dichiarato nella sentenza Frontini, la Corte si riserva d'intervenire per giudicare su presunti casi di contrasto tra diritto comunitario e disposizioni costituzionali su principi e diritti. Cosicché la Corte, mentre affida ai

giudici comuni il compito di porsi quali concreti garanti del primato del diritto comunitario sul diritto interno configgente, sia precedente che successivo ed anche di rango costituzionale, in riferimento all'ambito dei controlimiti, mantiene ferma la possibilità di esercitare quel sindacato che già in precedenza si era riconosciuta²⁸⁰.

Con la sentenza 170 del 1984 la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di costituzionalità avente ad oggetto l'art. 3 del D.P.R. n. 695/78, (Modificazioni alle disposizioni preliminari della tariffa dei dazi doganali di importazione della Repubblica italiana) in quanto ritenuto violare l'articolo 11 Cost., in riferimento agli artt. 189 e 177 del Trattato di Roma.

Tale questione scaturisce da una controversia che vede fronteggiarsi la Granital S.p.a. da un lato, e l'Amministrazione delle Finanze dello Stato dall'altro, in relazione all'esatta quota dei diritti di prelievo che la società, importatrice di orzo canadese, era tenuta a corrispondere all'erario italiano. Il giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione sottolinea l'incompatibilità²⁸¹ sussistente tra il criterio accolto dalla normativa comunitaria per come interpretata dalla Corte di giustizia²⁸² e quello stabilito dalla normativa italiana in materia²⁸³. Da qui, la

²⁸⁰ Al punto 7 della sentenza, la Corte configura anche la possibilità di un controllo di costituzionalità su leggi presunte contrastare con il sistema o il nucleo essenziale dei principi contenuti nel Trattato comunitario, in quanto poste in violazione della ripartizione di competenze effettuata sulla base dell'articolo 11 Cost.

²⁸¹ «L'art. 17 dei regolamenti CEE n. 19/62 e 120/67 dispongono, secondo l'interpretazione datane dalla Corte della Comunità, che il diritto di prelievo è quello in vigore nel giorno di importazione, e cioè del giorno in cui la dichiarazione di importazione è accettata dagli organi doganali; la normativa interna detta, dal canto suo, altra e divergente disciplina della specie, dalla quale risulta, implicitamente ma inequivocabilmente, che -quando sia sopravvenuto il dazio più favorevole- va riscosso un prelievo diverso da quello vigente dal giorno dell'accettazione. I criteri, rispettivamente accolti dal diritto comunitario e da quello nazionale, sarebbero dunque palesemente incompatibili». Punto 1 del ritenuto in fatto sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984.

²⁸² «Con sentenza 15 giugno 1976, la Corte di giustizia della Comunità interpretava l'art. 15 del regolamento 120/67 nel senso che l'ammontare del prelievo è fissato in relazione al giorno in cui gli uffici doganali accettano la dichiarazione di importazione della merce. Ai sensi di tale pronuncia, il prelievo agricolo deve ritenersi preordinato a compensare la differenza fra il prezzo vigente sul mercato mondiale ed il più elevato prezzo comunitario, di guisa che il mercato comune sia stabilizzato e protetto anche nei confronti delle eventuali variazioni del prezzo del mercato mondiale. Il successivo aumento dei prezzi sul mercato mondiale, e la conseguente diminuzione dell'onere». Vedere punto 1, A del considerato in diritto Corte cost. n.170/1984 e Sentenza della CGCE 15 giugno 1976, causa 113/75 Frecassetti. Cfr. anche il commento alla sentenza Granital di G. GAJA, in *Common market law review*, XXI, 1984, p.756.

²⁸³ «Il d.P.R. n. 695/78 è censurato, per aver da un canto introdotto nell'ordinamento interno il criterio sancito nella normativa comunitaria, e dall'altro congegnato gli effetti temporali della statuizione all'uopo emessa in modo che, per quanto qui interessa, il caso di specie non ricade nella relativa sfera di applicazione. Più precisamente, la norma che eccettua il prelievo agricolo dal

presunta violazione dell'articolo 11 Cost. derivante dall'incompatibilità fra prescrizione comunitaria e legge nazionale, e alla conseguente inosservanza dei principi stabiliti negli artt. 177 e 189 del Trattato di Roma.

Dopo avere sottolineato l'esistenza di una presunzione di conformità tra diritto interno e diritto comunitario, la Corte precisa che in caso di conflitto tra la normativa interna e la normativa comunitaria, quest'ultima avrà la prevalenza e produrrà l'effetto di caducare il diritto interno con essa in contrasto. Tale effetto sarà retroattivo nel caso in cui prima dell'emanazione della normativa interna fosse già in vigore una normativa comunitaria recante il medesimo contenuto di quella successivamente approvata dagli organi comunitari²⁸⁴.

Richiamando il suo precedente orientamento (sentenza n. 232 del 1975) la Corte osserva come nel caso in cui, invece, la norma interna contrasti con un regolamento previgente o lo riproduca, tale antinomia avrebbe configurato una violazione dell'articolo 11 Cost. e la necessità d'instaurare un giudizio di costituzionalità per porvi rimedio.

Ed è proprio su tale punto che ora la Corte costituzionale rivede il suo indirizzo. Nell'ipotesi di conflitto con una fonte primaria interna, il regolamento -osserva la Corte- produce l'effetto *di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale*. Tale fenomeno non solo non è riconducibile all'annullamento, quanto deve essere tenuto distinto *dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti*²⁸⁵.

In ragione della natura autonoma, distinta e coordinata delle relazioni tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, la Corte ritiene corretto considerare le fonti comunitarie come esterne all'ordinamento italiano e non sottostanti ai principi che vigono per le fonti interne.

regime del dazio più favorevole non può, ad avviso del giudice remittente, operare prima della data dell'11 settembre 1976, testualmente indicata dal legislatore come termine iniziale dell'efficacia della medesima. Si tratta, peraltro, della data di pubblicazione della suddetta sentenza interpretativa della Corte del Lussemburgo, che stabilisce quale, ai fini della determinazione del prelievo, sia il giorno dell'importazione. Così disponendo, la norma censurata avrebbe l'implicita ma inequivoca conseguenza di disattendere, con riguardo alle fattispecie insorte anteriormente all'11 settembre 1976, il precetto secondo cui il prelievo è necessariamente quello del giorno dell'importazione». Vedere punto 1, B considerato in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984.

²⁸⁴ Punto 3, motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984.

²⁸⁵ Punto 5, considerato in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984.

In particolare, le fonti comunitarie traggono origine da processi di produzione normativa autonomi e distinti da quelli nazionali, cosicché il regolamento comunitario è reso efficace in quanto e perché atto comunitario. La normativa nazionale confliggente, dal canto suo, spiega la sua efficacia e conserva il suo valore fintanto che non venga in rilievo nel corso di una controversia giurisdizionale.

In tale circostanza spetterà al giudice disapplicare la normativa interna configgente, eventualmente dopo avere fatto ricorso alla Corte di giustizia nel caso in cui si configurino dei dubbi circa la corretta interpretazione da dare alla norma di diritto comunitario o in relazione alla sua validità. Attraverso l'intervento dei giudici comuni ai fini dell'effettiva garanzia del primato del diritto comunitario, viene così assicurato il principio della certezza del diritto che impone l'uniforme applicazione della normativa comunitaria sul territorio di tutti gli stati membri.

La soluzione a cui la Corte perviene appare chiaramente finalizzata alla volontà di ricomporre ad unità il sistema fondato dal diritto comunitario e dal diritto interno. Dopo essere partita dalla premessa dualista della distinzione e separazione, la Corte costituzionale, riprendendo il concetto di coordinamento- già introdotto nella sentenza Frontini- approda a delle conclusioni moniste *sui generis*, con cui reinterpreta in chiave piuttosto singolare le categorie concettuali classiche di tale approccio.

Nella costruzione monista di Kelsen con primato del diritto internazionale, il concetto di coordinazione viene introdotto con riferimento alle relazioni tra ordinamenti statali che devono svolgersi su base paritaria: tali ordinamenti sono sottordinati all'ordinamento internazionale che li coordina e con essi va a comporre l'ordinamento totale.

Di contro, nella versione fornita dalla Corte costituzionale non troviamo alcuna configurazione gerarchica, né tanto meno un'incorporazione delle fonti comunitarie nell'ordinamento interno. Piuttosto è possibile scorgere una netta similitudine tra il ragionamento giuridico seguito dalla Corte costituzionale e le riflessioni svolte da Santi Romano nell'Ordinamento giuridico in tema di rapporti tra ordinamenti statali in materia di diritto internazionale privato. Nella parte in

cui si occupa della rilevanza che un ordinamento viene ad assumere rispetto ad un altro in ragione del suo contenuto, Romano, osserva come, in quanto socio della Comunità, lo stato-istituzione, al fine di coordinare il proprio ordinamento con quello di altri stati, può decidere di autolimitare la propria sfera di sovranità. Il Romano osserva come:

[...] *(Lo stato) comincia col limitare la sfera non già della semplice applicazione, come comunemente si ritiene, ma dell'effettivo contenuto del proprio ordinamento e contemporaneamente stabilisce che, nel campo in cui questo, per dir così si arretra, subentri il contenuto di un ordinamento straniero, scelto e determinato con criteri che possono variare. Si hanno così due principi [...] il primo che segna i confini posti dall'ordinamento statale a se stesso; e il secondo che rinvia al diritto straniero. Questi due principi sono fra loro intimamente collegati perché il motivo per cui il legislatore dichiara la sua incompetenza a regolare da sé una data materia è che esso riconosce la competenza del legislatore straniero*²⁸⁶.

Dalla premessa dell'autolimitazione statale, Romano fa quindi discendere l'idea per cui il diritto straniero non può valere come parte del diritto italiano,²⁸⁷ che anzi, si autotutela configurando una norma di collisione idonea a risolvere gli eventuali conflitti di natura soggettiva e oggettiva che potrebbero sorgere tra i due ordinamenti. Nella sentenza Granital la Corte costituzionale rivisita la prospettiva da cui Romano guarda ai rapporti tra ordinamenti, innanzitutto perché accoglie l'assunto della possibilità di demarcare in modo chiaro i rispettivi ambiti di competenza e quindi considerare le fonti comunitarie come esterne all'ordinamento italiano. Le argomentazioni della Corte rispecchiano, inoltre l'indirizzo dottrinario inaugurato da Barile²⁸⁸ negli anni Settanta, il quale sosteneva la tesi di relazioni interordinamentali basate sulla separazione delle competenze e auspicava la limitazione del sindacato di costituzionalità alla sola eventualità di violazioni del nucleo duro della Costituzione. Se dunque per un verso, la sentenza Granital, costituisce una tappa storica del cammino comunitario compiuto dalla Corte costituzionale in quanto riesce finalmente a garantire

²⁸⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967, p. 171.

²⁸⁷ ROMANO, *op. ult. cit.* p. 175.

²⁸⁸ Vedi P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana* in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978, p. 59-74.

l'effettiva applicazione del principio del primato ed a legittimare il potere diffuso di disapplicazione delle norme interne configgenti,²⁸⁹ per un altro verso, non possono essere sottovalutate le ragioni che hanno condotto alle sferzanti critiche di cui la sentenza è stata oggetto.

In particolare, vi è stato chi²⁹⁰ ha visto dietro la mera invocazione dell'articolo 11 Cost.²⁹¹ da parte della Corte, una motivazione inadeguata a giustificare le deroghe alle norme costituzionali che sanciscono il sindacato di legittimità costituzionale e il divieto dei giudici comuni di disapplicazione della legge.

La preoccupazione di attutire l'impatto della svolta e di mostrare che non c'era stato un *revirement* nell'impostazione di fondo dei rapporti tra gli ordinamenti, avrebbe portato il giudice delle leggi a sviluppare un ragionamento a tratti debole²⁹².

Altra dottrina ha addirittura imputato alla sentenza Granital la responsabilità di avere travolto l'intera impalcatura del sistema di giustizia costituzionale a causa dell'effetto di revisione costituzionale permanente da essa prodotto e consistente nella rinuncia da parte della Corte ad una competenza costituzionalmente conferitale e da allora trasferita in capo ai giudici comuni²⁹³.

A queste riflessioni hanno fatto seguito le ben condivisibili perplessità sollevate in riferimento alla possibilità di preconstituire l'ampiezza del campo materiale di competenza, astrattamente rimesso alla disciplina comunitaria e sottratto alle fonti nazionali, e ciò in ragione della mobilità che caratterizzerebbe la linea di confine delineata dai trattati²⁹⁴. La dottrina dei poteri impliciti (art.235 Tce) e successivamente l'applicazione del principio di sussidiarietà nonché, le pronunce

²⁸⁹ Cfr. A. LA PERGOLA E PATRICK DEL DUCA, *Community law, international law and Italian constitution*, The American journal of international law, LXXIX, 3,1985, , p. 615.

²⁹⁰ G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, Giur. cost., I, 1 1984, p.1221.

²⁹¹ La Corte costituzionale lascia presumere che avendo l'articolo 11 Cost. legittimato delle limitazioni di sovranità comportanti delle deroghe all'ordine costituzionale delle competenze, tra queste andrebbe ricompresa la rinuncia al sindacato di costituzionalità nel caso di violazione dell'articolo 11 Cost. da parte di fonti primarie interne configgenti con atti comunitari ad efficacia diretta.

²⁹² GEMMA, *op. ult. cit.*

²⁹³ Si tratterebbe di un sindacato implicito di costituzionalità esercitato con effetti limitati e atipici dai giudici comuni. A. RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità sulle leggi*, Giur. cost I, 1, 1985, p.357.

²⁹⁴ Vedi F. MODUGNO, *E' illegittimo l'articolo 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità Europee?*, Giur. cost., I, 1979, p.929, P. A. CAPOTOSTI, *Questioni interpretative dell'attuale giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto interno e comunitario*, Giur. cost., I, 3, 1987, p. 3818.

interpretative rese dalla Corte di giustizia in risposta ai ricorsi in via pregiudiziale dei giudici nazionali su ambiti materiali non di competenza comunitaria, porteranno ad un'estensione non codificata delle competenze comunitarie e mostreranno ancora di più la fragilità degli assunti elaborati dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza *Granital*. Una decisione compromissoria che se da un lato ha avuto il merito di preservare lo storico approccio dualista ereditato dalla tradizione internazionalista, dall'altro si è negli anni dimostrata sempre più inadeguata a definire, ma anche a fornire degli strumenti concettuali in grado di guidare alla comprensione del fenomeno comunitario; e oggi dell'Unione Europea.

1.10. PRINCIPI INDEROGABILI IN ORDINE AGLI ASSETTI SOVRANAZIONALI ED INTERNAZIONALI

Il problema dell'esistenza di limiti alle limitazioni di sovranità legittimate dall'articolo 11 Cost. risulta strettamente correlato alla questione dei limiti al potere di revisione costituzionale e quindi alla possibilità di individuare all'interno del testo costituzionale un insieme di disposizioni immodificabili. A fondamento di tale impostazione concettuale si colloca la teoria che pone i poteri costituiti e quindi anche il potere di revisione costituzionale su un piano diverso e successivo al potere costituente. Nella Costituzione deve, infatti, rinvenirsi la base di legittimazione dei poteri costituiti. In tal senso si possono individuare alcuni principi supercostituzionali da cui dipende l'assetto dell'intero ordinamento: essi informano la costituzione materiale²⁹⁵ e sono sottratti a mutamento legale, in

²⁹⁵ Nell'elaborazione fornita dal Mortati, la Costituzione materiale è data dalle forze politiche dominanti e dai fini politici di cui esse si fanno portatrici. Essa costituisce elemento necessario e sufficiente per la vita dello stato in quanto adempie ad una triplice funzione: garantisce la validità dell'ordinamento, lo riduce ad unità e permette di identificarlo rispetto ad altri ordinamenti. Quest'ultima funzione assume un rilievo centrale nella costruzione di Mortati in quanto da essa l'autore desume il carattere di immodificabilità della costituzione materiale. «Forma di stato, regime, sistema possono ritenersi espressioni equivalenti, valide a designare il contenuto della Costituzione nel senso qui assunto [...] che mentre forma l'elemento costante, il limite assoluto di ogni mutamento costituzionale, determina con la sua caduta, la caduta stessa dello stato, il quale [...] non può raffigurarsi giuridicamente all'infuori di una particolare forma». C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998, p.196. Sul tema vedere anche M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p. 156.

quanto innovarli equivarrebbe a sovvertire l'intera Costituzione²⁹⁶. La Costituzione italiana dispone un espresso divieto di revisione solo all'articolo 139 che impone l'immodificabilità della forma repubblicana. Altri limiti di carattere implicito sono poi rinvenibili nel principio di rigidità della Costituzione ex art.138²⁹⁷ e nell'articolo 2 Cost. Quest'ultimo, dichiarando *inviolabili* i diritti dell'uomo, consente solo modifiche ed adattamenti a situazioni sopravvenute che non ne intacchino il contenuto essenziale²⁹⁸. Ma la questione non si esaurisce qui. Facendo seguito a quanto fin qui premesso, risulta chiaro come essendo la legge di esecuzione dei Trattati comunitari subordinata- come del resto lo sono tutte le leggi di esecuzione ex. art.11 Cost.- alla Costituzione ed alle leggi di revisione, deve anch'essa rispettare i limiti inderogabili posti alle leggi di revisione. Nonostante tale legge di esecuzione possa consentire limitazioni di sovranità a talune norme della Costituzione, essa non può tuttavia, contravvenire a quei principi inderogabili che costituiscono il nucleo essenziale del nostro ordinamento²⁹⁹.

1.10.1 I controlimiti alle limitazioni di sovranità ex. art. 11 Cost. nell'ottica dei limiti alla revisione costituzionale

L'esigenza di salvaguardare i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ed i diritti inviolabili della persona nei confronti delle norme comunitarie, emerge contemporaneamente al riconoscimento della capacità dell'ordinamento comunitario di prevalere sulle norme interne anche in materia di competenze e di esercizio dei poteri dello stato³⁰⁰. In tal senso, la sentenza n.98 del 1965 costituisce la prima pronuncia in cui la Corte costituzionale affronta il problema di conciliare la tutela dei diritti fondamentali con quello che allora, era

²⁹⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale I*, p.103 ss.

²⁹⁷ Se si considera l'articolo 138 Cost., quale norma strumentale, espressione di una delle forme di esercizio della sovranità popolare ex art. 1 Cost., si deve escludere la possibilità di abrogare tale principio attraverso il procedimento di revisione costituzionale. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970, p.114.

²⁹⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p. 1243-44 e C. MORTATI, *La Costituzione in generale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol.XI, Milano, 1962, p. 215 ss.

²⁹⁹ SORRENTINO, *op. ult. cit.* p.119.

³⁰⁰ M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p. 95.

lo stato di avanzamento del processo d'integrazione europea.

La questione su cui la Corte costituzionale viene chiamata ad esprimersi, attiene la legge di esecuzione del Trattato Ceca nella parte in cui (art. 2 della legge 25 giugno 1952 n. 766) recepisce gli articoli 33 comma secondo, 41 e 92 ultimo comma del Trattato. Questa è ritenuta contrastare con gli art. 102 (divieto di istituire giurisdizioni speciali) e 113 Cost. (diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi).

Profili d'illegittimità vengono rinvenuti dai ricorrenti nelle disposizioni del Trattato che stabiliscono la competenza esclusiva della Corte di giustizia a sindacare sui ricorsi proposti dagli imprenditori nei confronti dell'Alta autorità, nonché sul fatto che tali ricorsi siano limitati al solo motivo di sviamento di potere. Dubbi di costituzionalità vengono, inoltre, avanzati in riferimento al deferimento alla Corte di giustizia di ogni decisione sulla sospensione dell'efficacia esecutiva delle deliberazioni dell'Alta autorità che impongono prestazioni di carattere pecuniario³⁰¹. In particolare, l'attribuzione di competenze esclusive in tali ambiti in capo alla CGCE, andrebbe a configurare una violazione del diritto dei cittadini alla tutela giurisdizionale da parte dei giudici italiani. La Corte Costituzionale si pronuncia per la non fondatezza della questione ponendo come premessa al suo ragionamento, il rapporto di netta separazione che esiste tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno. Gli articoli 102 e 113 Cost. attengono, infatti, la sfera di tutele attribuite all'individuo in riferimento alla sua posizione nell'ordinamento interno e non a quella che invece lo riguarda in quanto soggetto di un ordinamento esterno, qual è la CECA. Una volta, quindi, riconosciuto il potere degli organi della Comunità di incidere attraverso lo svolgimento delle attività rientranti nella loro sfera di competenza, sull'ordinamento interno, la Corte passa a precisare come gli effetti di tali attività non debbano però pregiudicare la tutela del diritto alla difesa giurisdizionale, diritto inviolabile, ai sensi dell'art. 2 Cost.³⁰²

³⁰¹ Punto 1 della motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 98/1965.

³⁰² «Secondo la Corte, il rispetto di questi diritti costituisce un limite all'efficacia del diritto comunitario in Italia e lo stesso sembra potersi dire dei principi costituzionali in genere, giacché la Corte per giustificare l'esclusività della competenza della Corte di giustizia, si è preoccupata di rilevare che essa non contrasta con i principi anzidetti. Potrebbe dunque sostenersi che questi, ed i diritti dell'uomo in particolare, formano un limite di ordine pubblico costituzionale, produttivo nei

Subito dopo, nell'affermare che la Corte di giustizia è costituita ed opera secondo regole corrispondenti alle linee fondamentali del nostro ordinamento, pur non riproducendone pedissequamente la normativa, il supremo giudice delle leggi, sembra ragionare partendo da una vera e propria presunzione di equivalenza tra il sistema di tutele giurisdizionali interne e comunitarie.

E' stato osservato come, la parte in cui la sentenza n. 98 del 1965 configura la possibilità per le norme comunitarie di incidere sull'esercizio delle competenze statali, costituisca un primo importante passo compiuto dalla giurisprudenza costituzionale italiana, verso l'accoglimento del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno³⁰³.

Siamo ancora lontani dall'esplicito accoglimento delle limitazioni di sovranità in ambito legislativo, esecutivo e giudiziario enunciate nella sentenza n.173 del 1983, ma di certo è possibile rilevare l'avvio di una riflessione più complessa rispetto all'approccio ai rapporti tra ordinamenti che solo un anno prima la Corte costituzionale aveva inaugurato nella Costa -Enel italiana.

La stessa dottrina ha giustamente messo in evidenza come questo primo passo del "cammino comunitario" della Corte³⁰⁴ verso l'affermazione del primato, unito alla mancanza di una dimensione comunitaria di tutela dei diritti fondamentali e dei principi fondamentali, sia di matrice giurisprudenziale che costituzionale³⁰⁵, siano stati due fattori di cruciale rilievo ai fini dell'elaborazione della teoria dei controlimiti e dei successivi sviluppi che essa avrà sia in Italia che in Germania³⁰⁶. Ulteriori sviluppi della dottrina dei controlimiti sono rinvenibili nella sentenza n.173 del 1983. In essa la Corte costituzionale chiama in causa l'ipotesi di violazioni di principi fondamentali e si esprime su quali debbano essere

confronti del diritto comunitario, di effetti paragonabili a quelli che un limite dell'ordine pubblico produce nei confronti delle norme straniere richiamate dalle disposizioni di diritto privato». M. MAZZIOTTI, *Commento senza titolo alla sentenza n. 98/1965*, Giur. Cost. 1965, p.1336.

³⁰³ CARTABIA, *op. ult. cit.* p.98.

³⁰⁴ Cfr. P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, Giur. cost, II, 1973, p.2406.

³⁰⁵ Il riferimento è all'assenza all'interno dei trattati istitutivi di disposizioni poste a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

³⁰⁶ Non è un caso che l'Italia e la Germania si siano trovate concordi nel sostenere tale dottrina. Si tratta, infatti, di due paesi con ordinamenti giuridici a costituzione rigida che hanno affidato ad un organo di garanzia costituzionale *ad hoc* la difesa della costituzione, intesa quale vertice dei propri rispettivi sistemi delle fonti. Due sistemi giuridici che in tempi non lontanissimi avevano consentito il perpetrarsi di gravissime violazioni dei diritti fondamentali da parte di regimi dittatoriali.

considerati l'oggetto e gli effetti di una sua eventuale dichiarazione d'incostituzionalità per violazione dei controlimiti.

Richiamando la teoria della separazione degli ordinamenti e il contenuto dell'articolo 134 Cost., la Corte esclude la possibilità di sindacare in via diretta la conformità di un regolamento con le disposizioni sui diritti fondamentali ed i principi del nostro ordinamento.

Nel caso in cui una norma direttamente applicabile andasse a confliggere con i valori fondamentali della Costituzione, sarebbe necessario verificare la compatibilità del Trattato, per il tramite della legge di esecuzione, con i suddetti principi, dunque, oggetto del giudizio non sarebbero le norme comunitarie, bensì, quelle disposizioni interne che le hanno recepite.

A fondamento di tale sindacato si pone la premessa, secondo cui la partecipazione alla Comunità Europea, in base al dettato dell'articolo 11 Cost., risulta legittimata dal fine di perseguire obiettivi di pace e di giustizia. Un regolamento che si ponesse in contrasto con il nucleo essenziale della Costituzione pregiudicherebbe la finalità di giustizia rendendo tale limitazione di sovranità costituzionalmente ingiustificata³⁰⁷.

La Corte presume che, dovendo la Comunità perseguire *in primis* finalità di natura economica, risulta difficile ipotizzare che un regolamento possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici. Il ricorso ai controlimiti appare concepito come una *extrema ratio* a cui fare riferimento nel caso si configuri una violazione ripetuta e sistematica di disposizioni in materia di diritti fondamentali o un netto contrasto con i principi fondanti l'ordinamento comunitario. In tal caso sarebbe giustificato colpire con una pronuncia di illegittimità costituzionale l'intera legge di esecuzione dei trattati. Pochi anni dopo, identico ragionamento sarà richiamato in un *obiter dictum* alla sentenza n. 170 del 1984³⁰⁸.

Facendo seguito a quanto fin qui detto, pare corretta la posizione di chi ritiene che in questa fase il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali costituisca una condizione di costituzionalità delle limitazioni di sovranità ex. art.11 e quindi una condizione di costituzionalità dell'adesione dell'Italia all'ordinamento

³⁰⁷ M. CARTABIA E J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p.170.

³⁰⁸ Punto 7 della motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 170/1984.

comunitario³⁰⁹.

La Corte costituzionale tornerà ad esprimersi in materia di controlimiti alla fine degli anni Ottanta con la sentenza n. 232 del 1989³¹⁰.

La questione di costituzionalità viene sollevata dal Tribunale di Venezia ed ha ad oggetto la prassi seguita dalla Corte di giustizia di limitare *ex nunc* (in analogia rispetto a quanto previsto all'articolo 174 del Trattato CE) gli effetti temporali delle proprie pronunce d'invalidità di regolamenti. Tale prassi, escludendo dalla dichiarazione d'invalidità tutte le situazioni sorte in epoca anteriore alla sentenza, compresa quella che costituisce l'oggetto del giudizio principale che ha dato origine alla questione pregiudiziale, viene presunta contrastare con l'articolo 24 Cost. (diritto alla tutela giurisdizionale) che pochi anni prima era stato annoverato dalla stessa Corte costituzionale tra i diritti inviolabili dell'uomo³¹¹.

A differenza delle precedenti sentenze in cui il problema della compatibilità dei principi e diritti costituzionali era contenuta in degli *obiter dicta*, nella sentenza n. 232 del 1989 la Corte costituzionale è chiamata ad esprimersi in modo diretto su un caso di pretesa violazione di un principio supremo.

Altra novità attiene l'oggetto del sindacato di legittimità costituzionale: mentre prima la Corte pareva orientata a giudicare sulla costituzionalità delle condizioni di persistenza del vincolo di adesione alla Comunità, e quindi ad esprimersi sull'intera legge di esecuzione dei trattati istitutivi, a partire da questa pronuncia cambia indirizzo. Le possibilità che violazioni di principi e diritti costituzionali si verificano ad opera di atti normativi comunitari, non appare più come un'ipotesi remota o eccezionale. La Corte afferma, infatti, che: *quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile*, cosicché si riserva la possibilità di sindacare

³⁰⁹ M. CARTABIA E J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 171 e M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p. 110. Cfr. anche il ragionamento esposto dal Sorrentino in tema di adesione ad organizzazioni internazionali ex art.11 Cost. Secondo l'autore, nel caso in cui un'organizzazione non andasse più a realizzare i fini previsti dall'articolo 11 Cost., il parlamento ed il governo conserverebbero comunque la possibilità di recedere denunciando il trattato. Non sarebbe, invece, ammissibile che, in costanza di un rapporto con l'organizzazione, imposto dalla Costituzione, essi deroghino con loro atti, alla legge di esecuzione in quanto attuazione del dettato costituzionale. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Milano, 1970, p.100.

³¹⁰ F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998, p.114.

³¹¹ Sent. n. 18 del 1982. Vedi anche M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi "nelle competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, Giur. Cost. I, 2, 1989, p. 1012 e F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, p.174-192.

la conformità di norme del trattato, per come interpretate ed applicate dalle istituzioni comunitarie, con i principi ed i diritti sanciti dalla Costituzione italiana³¹².

E' stato osservato che il sindacato della Corte potrebbe riguardare le norme di diritto derivato che abbiano fondamento nel trattato e che perciò ne costituiscano un'applicazione³¹³. I controlimiti, concepiti all'origine come condizioni delle limitazioni di sovranità, diverrebbero una limitazione al primato del diritto comunitario³¹⁴. Al contempo, il sindacato di costituzionalità sulle norme comunitarie, prima escluso dalla Corte costituzionale in ragione dell'incommensurabilità di norme appartenenti ad ordinamenti separati e distinti, viene ora ritenuto ammissibile facendo leva sulla legge di esecuzione, quale, norma ponte tra i due ordinamenti. Tale dottrina ha interpretato questa pronuncia come *una tendenza di segno opposto al cammino comunitario percorso dalla Corte, dalle origini fino al 1985*. Fino ad allora la Corte aveva mostrato di volere rinunciare ad intervenire in materia comunitaria, riservandosi di pronunciarsi solo in casi eccezionali. Di contro, con la sentenza n. 232 la Corte sembra fare un passo indietro, quasi a volersi riappropriare del sindacato sui casi di conflitto tra diritto interno e comunitario di cui si era riconosciuta titolare negli anni settanta³¹⁵. Tale lettura non ci pare condivisibile, poiché la Corte costituzionale non mette assolutamente in discussione l'approccio alla soluzione dei conflitti tra fonti di produzione a cui era approdata nella sentenza n.170 del 1984. I conflitti tra diritto interno e diritto comunitario immediatamente applicabile continuano, infatti, a ricadere sotto la responsabilità dei giudici comuni, altro è il caso di contrasto tra principi e diritti fondamentali costituzionali da un lato, e norme comunitarie dall'altro. In tale ipotesi la Corte si riserva di esercitare il suo sindacato esattamente come è tenuta a fare quando in gioco vi sia la messa in discussione dei principi supremi dell'ordinamento. Di contro, ci sembra corretto leggere nella sentenza n. 232 del 1989 un ulteriore sviluppo del percorso

³¹² Punto 3,1 della motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989.

³¹³ M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi "nelle competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, Giur. Cost. I, 2, 1989, p. 1015.

³¹⁴ CARTABIA, *Principi inviolabili*, p.116.

³¹⁵ CARTABIA, *Nuovi sviluppi...*, p.1020.

giurisprudenziale tracciato dalla Corte costituzionale in materia di controllo di costituzionalità delle norme di rango costituzionale.

Solo un anno prima, infatti, con la sentenza n. 1146 del 1988, la Corte, richiamando la problematica dell'esistenza di limiti alla revisione costituzionale, aveva precisato come essi debbano essere rinvenuti nei principi supremi dell'ordinamento, principi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali.

La Corte li individua nella forma repubblicana e nei valori supremi su cui si basa la Costituzione italiana,³¹⁶ in particolare, ammettendo l'esistenza di principi dotati di un'efficacia superiore a quella costituzionale "ordinaria" viene postulata l'esistenza di una primazia nell'ambito delle disposizioni costituzionali.

A dimostrazione dell'avvenuta presa in considerazione di tale scala valoriale, la Corte, chiama in causa alcune sentenze nelle quali si doveva giudicare sulla conformità di disposizioni concordatarie e di disposizioni comunitarie, a disposizioni costituzionali in materia di principi e diritti fondamentali³¹⁷. Da ciò è possibile dedurre come la Corte si sia espressa a favore di una sostanziale equiparazione delle leggi di esecuzione alle disposizioni di rango costituzionale, in quanto, pur avendo formale rango ordinario, esse risultano comunque sottoposte al vincolo del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento, in ragione delle significative limitazioni di sovranità che dispongono, e della loro incidenza sull'ordine costituzionale delle competenze.

1.10.2 Accoglimento e superamento delle categorie classiche: la teoria del "Constitutional pluralism"

Giunti a questo punto della nostra indagine, è necessario chiedersi, quanta parte dell'eredità teorica e giurisprudenziale elaborata in relazione alle concezioni moniste e dualiste, sia ancora rinvenibile nei rapporti interordinamentali che

³¹⁶ Punto 2,1 della motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 1146/1988.

³¹⁷ Per quanto attiene la giurisprudenza in materia di Concordato e controlimiti la Corte costituzionale fa riferimento alle sentenze n. 30/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982. In materia di controlimiti e diritto comunitario vengono citate le sentenze n. 183/1973 e 170/1984.

caratterizzano l'attuale stadio del processo d'integrazione europea.

Pare opportuno soffermarsi innanzitutto sulle ripercussioni che la crisi del concetto classico di sovranità ha prodotto sull'ordinamento giuridico italiano ed in secondo luogo sui fattori che di recente hanno mutato la natura delle relazioni che esso instaura con l'Unione Europea.

Come bene fa notare autorevole dottrina,³¹⁸ l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana connota il nostro sistema delle fonti di alcuni caratteri di matrice ottocentesca che saranno destinati con il passare degli anni ad assumere significati differenti o a non rilevare del tutto.

Tra questi spicca l'idea della sovranità statale indivisa e del suo storico corollario, il principio di esclusività. Tale principio comporta l'esclusione della possibilità che nel territorio nazionale possano esservi altre autorità dotate di potere normativo, siano esse 'esterne' (autorità straniere o derivanti dall'ordinamento internazionale) o 'interne' (ordinamenti 'autonomi' non sottoposti al diritto dello Stato). L'ordinamento presenta, inoltre, una struttura piramidale, il cui vertice è occupato dalla legge, in memoria del mito ottocentesco della *sovranità parlamentare*.

Ma al contempo la nuova Costituzione mette in discussione alcuni capisaldi del passato regime.

Il principio dell'unitarietà della legge viene attenuato dall'introduzione di un'ampia gamma di fonti primarie tra le quali a partire dagli anni Settanta, si distingueranno le leggi regionali, manifestazioni normative della volontà di enti territoriali politicamente autonomi. Accanto a tale fenomeno, definito, *pluricentrismo interno*, la stessa dottrina rileva l'esistenza di un *pluricentrismo esterno*, conseguente all'apertura dell'ordinamento italiano ad altri ordinamenti per il tramite degli articoli 10 comma 5 ed 11 della Costituzione³¹⁹.

A tal proposito, l'ingresso delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento ha fortemente smentito o incrinato l'unitarietà e la sistematicità dello stato sovrano tradizionalmente concepito, nonché le sue rivendicazioni monopolistiche sulla

³¹⁸ R. BIN, *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia, Napoli, 2009, p. 27-52. Vedi anche C. AQUINO, *La contaminazione costituzionale nell'Unione Europea*, Roma, 2009.

³¹⁹ Cfr. A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, Il Diritto dell'Unione Europea, n.I, 2010, p.128.

produzione delle fonti del diritto nazionale³²⁰.

Agli effetti dell'ordinamento interno, l'adesione all'Unione Europea ha comportato una progressiva erosione della sovranità statale resa particolarmente incisiva dalla natura primaria riconosciuta ai regolamenti ed alle direttive europee. In particolare, a partire dalla sentenza n. 170 del 1984, la Corte costituzionale ha ribadito come la natura dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario sia caratterizzata dalla separazione e dalla reciproca autonomia. Alla luce di tale prospettiva dualista, gli eventuali conflitti tra norme interne e norme comunitarie devono dunque essere risolti facendo ricorso al criterio della separazione delle competenze³²¹.

Oggi, a distanza di ventisette anni dalla sentenza Granital, tale impostazione delle relazioni interordinamentali appare superata e non più idonea a delineare in modo rispondente a realtà, l'attuale stato del processo d'integrazione europea.

In tal senso ci sembrano condivisibili le serrate critiche³²² mosse da Livio Paladin alla tesi della separazione, ritenuta, a ragione, reggersi su una visione parziale ed unilaterale dei fenomeni in questione.

L'autore contesta *in primis* l'idea per cui ordinamento interno ed ordinamento comunitario costituirebbero due entità distinte ed autonome. Tale assunto risulta, infatti, incompatibile con l'imperativo contenuto nell'articolo 101 Cost. che impone l'assoggettamento dei giudici alla sola legge. I giudici, strumenti indefettibili dell'azione comunitaria, possono dare legittima applicazione alle norme comunitarie solo se si ipotizza la collocazione del diritto europeo in una sfera comunicante con quella interna. Se poi si considera la crescente incidenza

³²⁰ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 2000, p.436.

³²¹ Negli anni Sessanta la Corte costituzionale affermò (sentenza n. 14 del 1964) che, ai fini della soluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, era necessario ricorrere al criterio cronologico, secondo il quale la legge successiva doveva abrogare la legge precedente, senza che ciò desse luogo a questioni di costituzionalità. A seguito delle reazioni della Corte di Giustizia che lamentava la violazione del principio di supremazia del diritto comunitario, la Corte costituzionale mutò indirizzo, indicando nel criterio gerarchico la strada per superare le antinomie normative fra ordinamento italiano ed ordinamento comunitario. Nella sentenza n. 232 del 1975 la Corte dichiarò che in caso di contrasto tra norma interna successiva ad una norma comunitaria immediatamente applicabile, si sarebbe dovuto ricorrere alla Corte costituzionale per violazione indiretta dell'articolo 11 Cost. Dopo la pronuncia Simmenthal della Corte di Giustizia, la Corte costituzionale modificherà ancora una volta la sua posizione con la sentenza n. 170 del 1984.

³²² PALADIN, *op .ult .cit.*

esercitata dal diritto comunitario su numerosi ambiti di competenza statale,³²³ quale ad esempio la cosiddetta 'costituzione economica', nonché l'impiego del ricorso in via principale alla Corte costituzionale per garantire la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno,³²⁴ ne segue la necessità di ripensare il postulato in base a cui, le leggi interne in contrasto con le norme comunitarie, non possano essere invalidate³²⁵.

Paladin osserva, inoltre, come non sia tantomeno corretta la premessa posta a base della teoria della separazione, secondo la quale esisterebbero due distinti e bene delineati ambiti di competenze fissati sulla base del principio di attribuzione sancito nei trattati.

A mettere in discussione tale assunto sarebbero proprio tre principi cardine dell'ordinamento Ue. Innanzitutto il principio di sussidiarietà, in base al quale l'intervento dell'Unione su ambiti che non siano di sua competenza esclusiva, è possibile qualora gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli stati membri. Ad esso va ad aggiungersi il principio che sancisce la necessaria proporzionalità³²⁶ degli strumenti impiegati rispetto agli scopi da raggiungere, nonché la dottrina dei poteri impliciti esercitabili ex. articolo 352 TFUE. Si tratta di fattori di elasticità che rendono mobili i confini degli ambiti materiali di competenza dei due ordinamenti.

Le fonti comunitarie devono, dunque, essere considerate, come fonti fatto, nel senso che, è l'entrata in vigore di direttive e regolamenti, l'elemento o il fatto che, dalla prospettiva visuale dell'ordinamento interno, determina la loro applicazione. Ad avvalorare tale ipotesi sta la circostanza che vede fare ingresso nel nostro sistema delle fonti, non le disposizioni comunitarie, bensì le norme comunitarie per come interpretate dalla Corte di Giustizia³²⁷.

³²³ In merito cfr. anche M. CARTABIA, *The legacy of the sovereignty in Italian constitutional debate*, in *Sovereignty in transition*, Oxford 2003, p.320. «It is common knowledge that the European Court of justice has supported this expansion and that revision of the treaties- Single European Act, Maastricht, Amsterdam-have considerably increased the powers of European institutions at the expense of national ones».

³²⁴ Vedi sentenze della Corte costituzionale 10 novembre 1994 n. 384 e 31 marzo 1995 n. 94.

³²⁵ PALADIN, *op. ult. cit.* p. 427-430.

³²⁶ Articolo 5 TUE modificato dal Trattato di Lisbona.

³²⁷ PALADIN, p. 434 che in senso contrario fa riferimento al Sorrentino ed a Mortati, entrambi sostenitori della tesi per cui le fonti comunitarie costituirebbero delle fonti atto. Mentre però Sorrentino muove da un'ipotesi monista basata sull'esistenza di un quadro complessivo federale, Mortati, accoglie, invece la teoria dualista ed invoca la necessità di ammettere l'impugnabilità

Se guardiamo alle relazioni tra sfera normativa regionale e sfera statale, nonché ai rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione Europea, è possibile rilevare come un tratto comune ai due fenomeni sia la non rigidità e la non staticità esistente nella delimitazione degli ambiti di competenze materiali riferibili ai rispettivi centri d'imputazione di poteri normativi. A ciò deve aggiungersi il ruolo decisivo giocato dalle giurisdizioni supreme ai fini della definizione caso per caso di tali ambiti. Nel contesto italiano tale ruolo è stato esercitato dalla Corte Costituzionale, mentre in quello comunitario dalla Corte di Giustizia, fatti salvi gli interventi monitori delle Corti costituzionali italiana e tedesca e recentemente di diverse Corti Costituzionali dell'Est Europa. In tal senso pare corretto affermare che allo stato attuale del processo di integrazione europea i problemi legati al concetto di sovranità costituiscano dei problemi connessi ai conflitti di competenza,³²⁸ conflitti acuiti dalla storica mancanza all'interno dei trattati, di una norma di collisione in grado di sancire delle regole condivise da tutti gli stati membri della UE ed applicabili in via generale. Alla luce di tali premesse, paiono condivisibili le posizioni di quanti vedono nei giudici nazionali degli attori fondamentali del processo d'integrazione europea. Essi sono, infatti, chiamati a risolvere i conflitti normativi ragionando caso per caso ed istaurando tra loro delle relazioni fondate sul dialogo (in taluni casi cooperativo in altri competitivo). L'impossibilità di tracciare una linea netta di demarcazione in riferimento agli ambiti di competenza Ue e nazionali, ha messo fine all'autonomia interpretativa di cui in passato le Corti godevano³²⁹. A tal proposito Miguel Maduro ha osservato come le Corti nazionali, quando chiamate ad agire in qualità di Corti dell'Unione Europea sono *obliged to reason and justify its decisions in*

dinanzi alla Corte costituzionale non solo delle leggi di esecuzione dei trattati comunitari, ma anche delle fonti comunitarie da esse istituite. Vedi F. SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo d'integrazione europea*, Quaderni costituzionali 1993, p. 81 e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1975, p. 1404.

³²⁸ «The hidden reason behind the 20's years' war between the two Courts involved the problem of sovereignty». Ed ancora «In the Italian Courts' s approach, the problem of sovereignty turns out to be a problem of competences, so that the key to solve the riddle of sovereignty is "who decides the division of competence?" "Who has the power of kompetenz -kompetenz"? ». CARTABIA, *op. ult. cit.*, p.314 e 320. L'autrice, osserva, inoltre, come nel contesto italiano una delle poche tracce del dibattito in materia di legami esistenti tra sovranità e competenze, può essere rinvenuta nel principio di sussidiarietà che è stato introdotto dal Trattato di Maastricht.

³²⁹ G. MARTINICO, *A Matter of coherence in the multilevel legal system: are the "lions" still "under the throne"?*, Jean Monnet Working Paper 16, 2008., p. 11.

*the context of a coherent and integrated European legal order. In fact, the European legal order integrates both the decisions of national and European courts interpreting and applying EU law*³³⁰.

Tale riflessione si inserisce nell'ambito dell'approccio pluralista alle relazioni interordinamentali³³¹ noto come *European legal pluralism*³³², recepito nella costruzione teorica di Maduro nella forma del *constitutional pluralism*.

³³⁰ M. P. MADURO, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, *European journal of legal studies*, II, 2007, p. 18.

³³¹ N. MAC CORMICK, *Beyond the Sovereign State*, *Modern law review*, 1993, N. MAC CORMICK N., *La sovranità in discussione*, Bologna, 2003, M. KUMM, *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?*, *Common market law review*, 1999, p. 356, N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern law review*, 2002, p. 317.

³³² Negli ultimi decenni, molteplici sono state le interpretazioni attraverso cui la dottrina internazionalistica e comunitaria ha declinato i paradigmi del pluralismo giuridico e del pluralismo costituzionale. Interessante ai fini della nostra indagine risulta il recente studio di Somek (A. SOMEK, *Monism, a tale of the undead*, University of Iowa legal studies research paper, n.10-22, giugno 2010, p.9.) in cui l'autore osserva come le odierne teorie pluraliste altro non costituiscano se non una riformulazione della classica tesi monista. A supporto di tale posizione, viene richiamato l'approccio ai rapporti interordinamentali sviluppato in riferimento all'ambito Ue da Mac Cormick a partire dal 1998 (N. MAC CORMICK, *Risking constitutional collision in Europe?*, *Oxford journal of law studies*, 1998, p.517-532). L'assunto dell'esistenza di relazioni interattive e non gerarchizzate tra gli ordinamenti degli stati membri e tra essi e la Comunità, conduce il giurista scozzese ad abbandonare la tesi del *radical pluralism*, sostenuta fino a qualche anno prima, per schierarsi in difesa del cosiddetto *pluralism under international law*. A tal proposito Mac Cormick precisa come «On the whole, therefore the most appropriate analysis of the relations of legal systems are pluralistic rather than monistic and interactive rather than hierarchical. [...] What this indicates is that acceptance of a pluralistic conception of legal systems entails acknowledging that not all legal problems can be solved legally. The problem in principle is not that of an absence of legal answers to given problems, but of a superfluity of legal answers». N. MAC CORMICK, *The Maastricht-Urteil sovereignty now*, *European law journal*, I, 3, 1995, p. 264. In seguito l'autore tornando a riflettere su quale teoria giuridica possa meglio tradurre l'ipotesi di ordinamenti distinti e tra loro interagenti, osserva come «In the Europe of the European Union there is but a single legal system, with as many sub-systems as there are Member States. This has echoes of Kelsen's theory of legal, 'monism' one reading of which holds that there is essentially one legal order in the world, that of international law together with the totality of national systems that are, in effect, sub-systems of the international system. Perhaps most credibly of all, it might be held that in a coordinate way, international law functions as a common ground of validity both of Member-State systems and of Community law, neither being therefore a sub-system of the other, but both cohering within a common legal universe governed by the norms of international law. Since this position involves pluralistic relationships between the law of the Community and the Member States (and among the states inter se), albeit within a 'monistic' framework of international law, I shall in subsequent discussion refer to this position as that of 'pluralism under international law'». E ancora «According to pluralism under international law, the obligations of international law set conditions upon the validity of state and of Community constitutions and interpretations thereof, and hence impose a framework on the interactive but not hierarchical relations between systems. According to radical pluralism, these obligations simply give a third perspective on the relationships in question, a further non-hierarchical interacting system». MAC CORMICK, *Risking constitutional collision in Europe?*, p. 528-529, 532.

A sostegno della sua visione, Somek chiama in causa anche il modello di costituzione globale che caratterizza la costruzione multilivello delle relazioni interordinamentali sviluppata da Kumm e che dovrebbe essere impiegato ai fini della risoluzione dei conflitti giurisdizionali che in tale contesto possono sorgere (M. KUMM, *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the*

Il pluralismo costituzionale ambisce al superamento della dicotomia generata dalle differenti narrative formulate rispettivamente dalle Corti costituzionali tedesca e italiana da un lato, e dalla Corte di giustizia Ue dall'altro, sia in materia di conflitti normativi in materia di diritti fondamentali, che sulle differenti visioni sviluppate in materia di competenza sulla competenza.

Secondo il modello riconducibile alla Corte costituzionale tedesca, tali ipotetici conflitti tra atti interni ed atti dell'Unione Europea non dovrebbero mai concretizzarsi, in quanto è data per assunta una compatibilità sistemica di fondo tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, tale da consentire alla Corte la sospensione del proprio giudizio sugli atti della Ue. Fin tanto che (*solange*) il diritto comunitario risulterà compatibile con i principi fondamentali della

relationship between constitutionalism in and beyond the state, in J. DUNOFF & J. TRACHTMAN, *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* Cambridge, 2009, p.258-325). In esso sarebbe, infatti, possibile rinvenire delle evidenti tracce di monismo: «I would like to point out that Kumm evidently presents a legal system with monistic appeal. He argues that actors located at all levels of the multilevel architecture ought to use the same principles in order to come up with credible solutions». SOMEK, *Monism, a tale of the undead*, p. 35. Somek arriva dunque a concludere che il pluralismo inteso sia nella sua formulazione base che in quella cosmopolita non è altro che una nuova versione del monismo alla Kelsen in cui gli attori internazionali esercitano un ruolo determinante.

Tale interpretazione si attesta su una posizione di netta divergenza rispetto alle consolidate e a nostro avviso, valide opinioni difese da altra autorevole dottrina. Tra coloro i quali hanno sostenuto con vigore l'inadeguatezza delle categorie del monismo e del dualismo ai fini della definizione dell'attuale stato delle relazioni interordinamentali in ambito UE, vi è senza dubbio Neil Walker: «The degree of interpenetration of national and European legal orders implied by supranationalism means that the ways in which we normally conceive of the relationship between adjacent but presumptively separate legal orders, whether through the episodic 'conflicts' of private international law or the competing singular formulae for linking public international law to national law (monism versus dualism) are inadequate to grasp the dense complexity of the relevant ties. On the other hand, the usual candidate solution where legal orders pass a certain threshold of density in their relations, whether through their fusion without remainder or the absorption or colonization of one by the other, namely the idea of a single monopolistic sovereign authority—does not seem adequate either». N. WALKER, *Legal theory and the European Union*, EUI Working papers, law, 16, 2005, p.8. Negli anni successivi a dare man forte a tale visione polemica è stato poi Armin Von Bogdandy che in uno scritto decisamente provocatorio ha definito le categorie del monismo e del dualismo come '*intellectual zombies of another time*'. Più precisamente Von Bogdandy ha affermato che: «As theories, monism and dualism are today unsatisfactory. Their arguments are rather hermetic, the core assertions are little developed, opposing views are simply dismissed as "illogical," and they are not linked with the contemporary theoretical debate. As doctrines, they are likewise unsatisfactory since they do not help in solving legal issues» [...] «From a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or "deconstructed." The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis. [...] Moreover, notions of a pyramidal order of things, insights, or norms can hardly respond to the experience of diversity and of limited order only. Contemporary notions of global law, although echoing monism, would not challenge this assumption». A. VON BOGDANDY, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law*, *International journal of constitutional law*, 6, 2008, p.400-401.

Costituzione tedesca, il Tribunale costituzionale federale si asterrà dall'esprimersi sulla conformità a Costituzione degli atti comunitari, ferma restando, sottolinea però la Suprema Corte, l'autorità ultima di giudizio di cui essa continua a conservare la titolarità³³³.

La Corte costituzionale italiana ha, invece, previsto una riserva di giurisdizione su alcuni ambiti ritenuti particolarmente importanti in quanto afferenti a valori fondamentali dell'ordinamento interno (dottrina dei controlimiti)³³⁴.

Il tratto comune che è possibile rinvenire in entrambi i modelli consiste nell'obiettivo a cui essi tendono: la prevenzione dei conflitti tra costituzioni nazionali ed ordinamento comunitario, e tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia.

Le Corti costituzionali nazionali si auto-limitano (*self-restraint*), ma al contempo si riservano la competenza di stabilire a chi spettano le competenze (*kompetenz-kompetenz*), ovvero, non avendo ceduto l'autorità ultima, si considerano suscettibili di effettuare dei controlli sugli atti della Ue³³⁵.

Allo scopo di rispondere a tali rivendicazioni, la Cgce ha predisposto un sistema di tutele ricavato dalle fonti costituzionali nazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri che ha condotto all'affermazione dei principi fondamentali della Ue.

Secondo la narrativa europea, l'ordinamento giuridico comunitario ha natura autonoma e stabilisce in via unilaterale i criteri che conferiscono validità alle sue regole, indipendentemente dalla volontà degli ordinamenti interni. Di contro, la narrativa formulata dalle Corti costituzionali nazionali trova fondamento

³³³ Nella sentenza 29 maggio 1974 (Solange I) la Corte costituzionale tedesca aveva riconosciuto a sé stessa il potere di sottoporre a controllo di legittimità costituzionale i regolamenti comunitari posti in violazione delle disposizioni interne in materia di diritti fondamentali. La Corte era pervenuta a tale decisione dopo avere constatato l'assenza a livello comunitario di un parlamento democraticamente eletto, di un governo comunitario responsabile nei confronti del parlamento e di un catalogo dei diritti fondamentali adeguato a quello della Legge fondamentale che vincolasse le istituzioni comunitarie. Con la sentenza 22 ottobre 1986 (Solange II) il Tribunale costituzionale tedesco muta indirizzo affermando che, sintantoché, la Corte di giustizia manterrà la sua giurisprudenza diretta alla tutela dei diritti fondamentali e sintantoché verrà valorizzato il ruolo del Parlamento europeo direttamente elettivo, il giudice costituzionale si asterrà dal controllare la costituzionalità dei regolamenti comunitari. L'orientamento scelto nel 1986 sarà riconfermato anche nella sentenza Maastricht del 12 ottobre 1993 e dalla sentenza sul caso delle banane del 3 giugno 2000. Cfr. F. SORRENTINO, *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998, p.60-61.

³³⁴ Vedi paragrafo precedente.

³³⁵ M. P. MADURO, *Europe and the Constitution: What if this is as good as it gets?* in J.H.H. WEILER E M. WIND, *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge, 2003, p.77.

nell'accettazione del primato e dell'effetto diretto, ma con riferimento ad una norma di apertura della costituzione nazionale che consente delle limitazioni di sovranità. Tali narrative riconducono l'autorità ultima degli ordinamenti giuridici a due *Grundnorm* diverse, a due differenti norme di riconoscimento,³³⁶ ma ciò non genera necessariamente dei conflitti, in quanto ciascun sistema accetta le istanze positive e negative che provengono dall'altro.

Il principio del pluralismo costituzionale porta a concludere che la natura dei rapporti tra ordinamenti non è gerarchica, bensì eterarchica e costituisce la base di legittimazione del processo d'integrazione europea.³³⁷ In particolare, la legittimità dell'ordinamento comunitario e del processo d'integrazione dipendono dal fatto che la decisione su quale sia l'autorità ultima, resti irrisolta.³³⁸ L'intero sistema si regge su un *equilibrio normativo* originato da un'autorità costituente di tipo pluralista. Il pluralismo costituzionale presente in ambito Ue costituisce, dunque, una nuova forma di costituzionalismo, le cui principali caratteristiche sono:

- l'esistenza di una pluralità di fonti giuridiche che pongono esigenze di coordinamento (fonti interne, comunitarie, internazionali);
- l'accettazione negoziata del principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto costituzionale nazionale;
- l'emersione di una pluralità di centri di potere politico e lobbistico che influenzano in modo stringente il processo decisionale europeo;
- il riconoscimento e la tutela di un nucleo forte di principi comunitari di portata universale;
- il patrimonio giurisprudenziale maturato all'interno di organismi giudiziari internazionali fortemente specializzati nella soluzione di controversie

³³⁶ Vedi H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, p.118-145 e N. MAC CORMICK, *Risking Constitutional collision in Europe?*, Oxford journal of law studies, 1998, p.526 che a proposito della norma di riconoscimento osserva come «Hart's celebrated idea about the rule of recognition is nothing other than that of a judicial practice of acknowledging a common rank order of criteria of recognition, and treating as obligatory the judicial implementation of norms that are binding according to the criteria in question».

³³⁷ MADURO, *Europe and the Constitution...*, p.98

³³⁸ MADURO, *Europe and the Constitution...*, cit, p. 97. a tal proposito cfr. anche MAC CORMICK, *Risking...*, cit. p.529. «Relations between states inter se and between states and Community are interactive rather than hierarchical. The legal systems of Member States and their common legal system of EC law are distinct but interacting systems of law, and hierarchical relationships of validity within criteria of validity proper to distinct systems do not add up to any sort of all-purpose superiority of one system over another. It follows also that the interpretative power of the highest decision-making authorities of the different systems must be, as to each system, ultimate».

affendenti a specifici settori del diritto come la Corte EDU, la Corte EFTA, etc.

- la presenza di una forte contaminazione tra sistemi giuridici generata dall'intensa circolazione dei giuristi e degli studiosi che influenza sempre più le decisioni delle Corti.

Da qui la conclusione per cui sarebbe possibile prevenire l'insorgere di conflitti tra giurisdizioni a livello europeo attraverso la formulazione di una *teoria delle scelte istituzionali* fondata sull'impiego sistematico del diritto comparato e dell'interpretazione teleologica.

I metodi interpretativi usati dalle Corti così come le loro scelte istituzionali e valoriali riflettono un determinato approccio sistemico alle scelte normative ed ai vincoli istituzionali posti dall'ordinamento giuridico.

D'altro canto, la Corte di giustizia, in ragione della costruzione e della legittimazione dal basso verso l'alto che ha caratterizzato l'edificazione dell'Unione Europea, è tenuta a rispettare le tradizioni costituzionali comuni, ovvero, a bilanciare il rispetto di queste ultime, con i bisogni specifici dell'ordinamento giuridico comunitario. In tal senso la metodologia fondata sul diritto comparato utilizzata dalla Corte, deve risultare conforme al diritto UE. Lo sviluppo del ragionamento giuridico basato sulla ricerca delle finalità (*telos*) costituisce, inoltre, un efficace rimedio ai problemi interpretativi generati dall'esistenza all'interno della Ue di un'ampia gamma di lingue. In tale contesto, l'interpretazione teleologica rappresenta il metodo più appropriato per garantire il principio dell'uniforme applicazione del diritto UE a livello nazionale³³⁹. Considerata la pluralità di fonti di produzione e la loro differente natura, i giudici tendono ad avvalersi di criteri decisionali discrezionali spesso dettati dalle loro personali inclinazioni. Il nodo della questione è dato dalla necessità di ricercare un preciso *set* di metodi e tecniche a cui le corti europee (interne, comunitarie e internazionali) sarebbero chiamate a fare ricorso per la soluzione dei cosiddetti *hard cases*, quei casi giurisprudenziali percepiti come "difficili" in quanto non risolvibili sulla base di semplici ragionamenti deduttivi. Richiamando il pensiero di Neil MacCormick,³⁴⁰ Maduro sottolinea l'importanza di rendere pubbliche nelle motivazioni delle sentenze, le cosiddette *giustificazioni*

³³⁹ MADURO, *Interpreting...*, p. 9.

³⁴⁰ N. MAC CORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001.

di secondo livello, ovvero, quelle scelte basate su giudizi di valore che conducono l'operatore a decidere quale finalità, quale interesse o valore salvaguardare attraverso la propria decisione³⁴¹.

Tale scelta che Maduro definisce *meta-interpretativa*, altro non è se non la traduzione in termini formali del principio di ragionevolezza applicato alle scelte giurisdizionali. In ossequio al principio di eguaglianza formale³⁴², il legislatore, nello stabilire delle differenziazioni normative, è tenuto sulla base di giudizi di valore, a individuare dei motivi razionali basati su categorie discriminanti di tipo oggettivo. Tali motivi o finalità (*rationes*) consentono di produrre classi di normative applicabili a tutti quegli insiemi di fattispecie a cui è riconducibile la medesima *ratio*. In tal senso sarà possibile trattare situazioni uguali in modo uguale e situazioni diverse in modo diverso in conformità alla logica che ispira il sindacato di costituzionalità delle Corti costituzionali alla stregua del principio di eguaglianza.

Secondo Maduro, il rendere pubblica la *ratio* e quindi le valutazioni che hanno spinto il giudice a risolvere in un determinato modo una data controversia, introdurrebbe un'istanza di trasparenza e di controllo sulle "giustificazioni" che stanno a monte degli *hard cases*.

Tali riflessioni mettono chiaramente in luce come l'esperienza giurisprudenziale maturata dalle Corti costituzionali negli ordinamenti di *civil law*, fornisca attraverso il principio di eguaglianza applicato quale tecnica del giudizio di ragionevolezza, la chiave di volta per garantire coerenza e congruenza anche all'interno di un ordinamento dinamico e plurale come quello dell'Unione.

Di fronte alla crisi del principio di sovranità e alla necessità di riformulare la versione classica della teoria della separazione dei poteri, il principio di eguaglianza si pone nel contesto normativo comunitario quale criterio ordinatore, canone interpretativo fondato su regole razionali in grado di garantire la coerenza del sistema.

³⁴¹M. P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action in Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 529.

³⁴²Definito da Mac Cormick "giustizia formale".

CAPITOLO SECONDO

PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI TRA TEORIA MONISTA E TEORIA DUALISTA

2.1. STORICIZZAZIONE DEL PRINCIPIO GENERALE DI EGUAGLIANZA

Nel linguaggio scientifico con la parola eguaglianza si indica generalmente la relazione di parità assoluta che esiste tra due termini posti a confronto fra loro. Nel linguaggio della matematica tale significato viene indicato con il segno = ed utilizzato per la prima volta nel 1557³⁴³ dal matematico inglese Richard Recorde. Nell'ambito della sfera politica l'eguaglianza costituisce uno dei valori fondamentali a cui le filosofie e le ideologie politiche di tutti i tempi si sono ispirate. Per esprimere un giudizio di eguaglianza in riferimento a due o più termini appartenenti al linguaggio giuridico o politico, sarà necessario innanzitutto precisare quale delle loro molteplici caratteristiche costitutive si sta prendendo in considerazione, ovvero, a quale profilo di analisi ci si riferisce³⁴⁴. Quando i termini considerati sono valutabili esclusivamente sotto un determinato punto di vista, si configura un rapporto di eguaglianza relativa e non di eguaglianza assoluta³⁴⁵. A questo riguardo risulta opportuno precisare come nel linguaggio comune, da cui deriva poi quello giuridico, le definizioni cardine analizzate dagli studiosi di logica siano tre: identità, eguaglianza e somiglianza. Il concetto di

³⁴³ In base alla proprietà riflessiva se un termine è uguale a se stesso sarà diverso da ogni altro che non possa dirsi uguale ($a = a$, $a \neq$ non a). Per la proprietà simmetrica se un termine è uguale ad un altro sarà vero anche il contrario ($a = b$, $b = a$), mentre per la proprietà transitiva se un termine è uguale ad un altro e il secondo è uguale ad un terzo, anche il primo sarà uguale al terzo ($a = b$, $b = c$, $a = c$).

³⁴⁴ «Ciò dipende dal fatto che in tutti i contesti in cui l'eguaglianza viene invocata, si tratta sempre di un'eguaglianza determinata, o *secundum quid*, che riceve il suo contenuto assiologicamente rilevante proprio da quel *quid* che ne specifica il significato». N. BOBBIO, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milano, 2009, p.904-905.

³⁴⁵ A. PIZZORUSSO, *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983, p.11-13.

eguaglianza assoluta coincide con quello di identità: identici sono gli oggetti che hanno in comune ogni aspetto e nessuno esclusivo. Ma dal momento che, in riferimento a due oggetti diversi, tale concordanza in tutti gli elementi e caratteristiche non è riscontrabile nella realtà concreta, appare corretto sostenere che identico³⁴⁶ a se stesso, debba essere necessariamente solo un singolo oggetto³⁴⁷.

Il concetto di eguaglianza implica, invece, l'esistenza di due termini non identici in tutto ma solo sotto alcuni aspetti. Tale elemento comune può essere rappresentato da un carattere qualitativo o quantitativo, dal fatto che due oggetti abbiano instaurato con altri la medesima relazione (eguaglianza come proporzione matematica), ma anche riconducibilità di due termini ad un concetto più astratto, oppure ad un medesimo insieme. Si usa poi il concetto di somiglianza per esprimere una diversità minima e quindi distinguerla da ipotesi di diversità più marcata³⁴⁸.

Da quanto prima osservato è possibile dedurre il carattere indeterminato che nel linguaggio politico-giuridico la nozione di eguaglianza viene ad assumere, presupponendo sempre l'istaurarsi di una relazione formale tra due o più gruppi di fatti o di concetti. Tale relazione può quindi essere riempita dei più diversi contenuti prendendo in considerazione un certo punto di vista, un certo profilo di analisi. Se non specificato o riempito, il concetto di eguaglianza non significa nulla. Quando si parla di eguaglianza è quindi necessario porsi innanzitutto due interrogativi: eguaglianza tra chi? Eguaglianza in che cosa³⁴⁹? Al contempo sarà necessario precisare quale profilo si assume comune. Nel linguaggio della logica tale profilo viene definito *tertium comparationis*, terzo elemento necessario a mettere a confronto i due fenomeni considerati³⁵⁰. Dunque i due termini saranno

³⁴⁶ Sulla base dello stesso ragionamento, il Cerri nega il concetto di diversità in senso assoluto: tutti i fatti concreti e tutti gli oggetti possono essere ricondotti ad una qualche categoria più generale (all'essere concetti o fenomeni, quanto meno) ed in questo rapporto di riconducibilità a tale categoria sono appunto, eguali, analoghi o parzialmente identici. A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed equalitarismo*, L'Aquila- Roma, 1984, p.12.

³⁴⁷ C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966, p.224.

³⁴⁸ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.13-15. L'autore fa inoltre riferimento al concetto di analogia spesso utilizzato sia nel senso di eguaglianza che di somiglianza.

³⁴⁹ BOBBIO, *Etica*, p.904-905 e CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.16. Deve essere definito il bene della vita da attribuire o da distribuire.

³⁵⁰ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p. 16.

ritenuti eguali, simili o identici in riferimento ad un dato elemento a cui in una data sfera spazio temporale viene attribuita rilevanza.

Oggi l'eguaglianza viene intesa come parità di trattamento³⁵¹ così che si considerano egualitarie tutte quelle regole di distribuzione che non si basano su caratteristiche personali volte a realizzare distinzioni irragionevoli tra gli individui. Si deve però evidenziare come tale visione sia il prodotto di recenti sviluppi del pensiero politico-filosofico occidentale, ovvero, il portato dell'avvento dell'età moderna. Nel pensiero politico classico, infatti, le differenze esistenti tra gli uomini erano considerate essere più rilevanti rispetto agli elementi che questi avevano in comune, di conseguenza, egualitarie, erano ritenute essere le regole di distribuzione che davano rilievo alle differenze esistenti tra gli individui, trattandoli diversamente in base al gruppo sociale a cui appartenevano. L'idea per cui gli uomini debbano essere considerati eguali piuttosto che diversi, comincia a diffondersi in tempi successivi grazie ai pensatori stoici e cristiani (eguaglianza derivante dall'essere tutti allo stesso modo figli di Dio). Tale idea rinasce con nuovo vigore durante la Riforma, assume dignità filosofica in Rousseau e nei socialisti utopisti fino a divenire vera e propria regola giuridica nelle dichiarazioni dei diritti dalla fine del Settecento ad oggi.

Ma in quel momento storico, come fa opportunamente notare Norberto Bobbio, a fare scalpore non è la proclamazione dell'eguaglianza di per sé, ma il fatto che il concetto venga esteso a "tutti". La parola assume un significato rivoluzionario e polemico e si diffonde in contrapposizione a situazioni ed ordinamenti in cui non tutti, anzi pochi o pochissimi fruivano di beni e diritti di cui gli altri venivano privati. Dopo essere stato solennemente proclamato nella Rivoluzione francese e nelle costituzioni che ad essa fecero seguito, il principio dell'eguaglianza formale³⁵² viene codificato nel Code Napoleon. Tale codificazione, oltre a segnare il più forte momento di rottura con la società per ceti configurata dall'Ancien

³⁵¹ Cfr. I. BERLIN, *Equality* in The concept of equality, Minneapolis, 1969, p.14 per cui l'eguaglianza di trattamento non ha bisogno di una specifica giustificazione, mentre occorre sempre un motivo valido per differenziare.

³⁵² Sancisce il principio di eguaglianza giuridica per cui tutti sono uguali dinanzi alla legge. «Il principio ha quindi prima di tutto un significato storico, bisogna ricollegarlo non tanto a quello che afferma quanto a quello che nega, bisogna cioè intenderne il valore polemico. Il bersaglio principale dell'affermazione che tutti sono uguali dinanzi alla legge è lo stato di ordini o di ceti in cui i cittadini sono divisi in categorie giuridiche diverse e distinte, disposte in ordine gerarchico rigido, onde le superiori hanno privilegi che le inferiori non hanno». BOBBIO, *Etica...*, p.119.

Regime, rappresenta il definitivo superamento di quel particolarismo giuridico,³⁵³ che per secoli aveva visto la contemporanea vigenza di una vasta pluralità di ordinamenti, avente ciascuno come destinatari, singole categorie di soggetti accomunate dall'appartenenza ad un medesimo gruppo sociale.

Nella Francia rivoluzionaria, infatti, uno dei significati più sentiti della proclamata eguaglianza fu innanzitutto quello di stabilire la soggezione di tutti i cittadini alle stesse fonti normative, di abolire quindi le leggi particolari dei diversi ceti, i tribunali di casta etc.

Ma se per Bobbio l'aspetto più dirompente della proclamazione del principio doveva essere rintracciato nel profilo dell'efficacia, secondo altri giuristi tra cui Cerri, l'esigenza più forte che l'affermazione dell'eguaglianza ha portato con sé, è la necessità di pervenire alla produzione di norme universali attributive di eguali doveri ed eguali diritti in identiche situazioni e non con riferimento a qualità meramente soggettive. L'esigenza di differenziare le discipline delle varie situazioni, in collegamento con l'esigenza di riferire ogni differenziazione a tutti, e cioè di non riferire la differenziazione al soggetto come tale, conduce alla definizione classica di eguaglianza contenuta nell'Etica Nicomachea di Aristotele secondo cui, deve essere ricollegato pari trattamento a pari situazioni e diverso trattamento a diverse situazioni³⁵⁴.

E' inoltre importante sottolineare come nessuna delle concezioni dell'eguaglianza elaborate nel corso della storia è stata interpretata come richiedente che tutti gli uomini siano eguali in tutto³⁵⁵: gli uomini devono essere trattati da eguali rispetto a quelle qualità che, secondo le diverse concezioni dell'uomo e della società, costituiscono l'essenza dell'uomo, ovvero, la natura umana distinta dalla natura degli altri esseri, come il libero uso della ragione, la capacità giuridica, la libertà di possedere, la dignità sociale (articolo 3 Costituzione italiana) o la dignità

³⁵³ Per particolarismo giuridico deve intendersi la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme di leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale, individuata in seguito ad un giudizio di valore secondo il quale nella stessa sfera vi dovrebbe essere, o "ci si aspetterebbe vi fosse", unità e coerenza di leggi. Vedi G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1995, p.28-29.

³⁵⁴ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.46-47.

³⁵⁵ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p. 26. «Ordinare la società significa riconoscere ad esempio diversi doveri e diritti al creditore ed al debitore, al compratore ed al venditore, a chi ha commesso un delitto e a chi non lo ha commesso. Da qui l'idea per cui l'eguaglianza assoluta è incompatibile con l'ordine normativo, sarebbe altresì realizzabile solo in condizioni di piena libertà (ad esempio lo stato di natura configurato nel pensiero di Rousseau) o di totale mancanza di diritti».

(Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo). Una volta interpretato il significato specifico dell'eguaglianza sulla base delle idee morali, sociali e politiche della dottrina che l'ha formulato, il suo significato emotivo dipenderà dal valore che ogni dottrina attribuisce a quella qualità rispetto a cui si esige che gli uomini siano trattati in modo eguale³⁵⁶.

Chiarito quindi come il concetto di eguaglianza in ambito politico e giuridico assuma una connotazione relativa, è importante evidenziare come tale relatività sia strettamente dipendente dai giudizi di valore o di rilevanza che stanno a fondamento delle dottrine a cui Bobbio faceva riferimento.

Nel corso della storia, tali dottrine sono state di volta in volta utilizzate dalle forze politiche al governo di ciascun paese, nella misura in cui sono risultate rispecchiare gli obiettivi politici da esse ritenuti fondamentali e coerenti con i valori costituzionali a cui in quel periodo l'ordinamento e la forma di stato erano improntati. Volendo fare un esempio concreto basti pensare a come nel nostro ordinamento, partendo da differenti giudizi di valore, sia stata attribuita una diversa rilevanza ad elementi che poi sono stati determinanti ai fini del riconoscimento dei diritti politici a categorie sempre più ampie di individui. Nell'Italia liberale l'età, il censo, l'istruzione e l'appartenenza al sesso maschile furono, sulla base di un preciso giudizio di valore, considerati elementi cardine ai fini dell'attribuzione del diritto di voto. La scelta di tali requisiti da cui dipendeva il riconoscimento del diritto di voto, rispecchiava la volontà di realizzare una forma di stato conservatore, a base borghese, in cui solo una minima parte della popolazione doveva contribuire alla formulazione delle scelte di politica generale del paese. Con l'avvento dello stato sociale, invece, l'ancoraggio del diritto di voto al solo requisito della maggiore età, mostra come solo uno degli elementi in precedenza presi in considerazione venga considerato rilevante. Sono cambiate le finalità che l'ordinamento inteso come Costituzione materiale³⁵⁷ si prefigge di raggiungere, ovvero, pervenire ad un'organizzazione politica del paese che sia non solo liberale, ma al contempo democratica e pluralista.

Fatte queste dovute premesse, si passerà ora all'analisi del principio di eguaglianza giuridica espresso nel testo della Costituzione italiana.

³⁵⁶ BOBBIO, *Etica...*, p. 917.

³⁵⁷ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.

Enunciato nell'articolo 3 Cost., il concetto di eguaglianza giuridica oltre ad assurgere al rango di principio generale fondamentale, costituisce, come dichiarato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.175 del 1971, un principio supremo³⁵⁸ dell'ordinamento. «I principi³⁵⁹ generali tracciano le linee di svolgimento dell'ordinamento giuridico, lo caratterizzano nel suo complesso come un tutto, delineandone la inconfondibile fisionomia³⁶⁰». I principi generali devono essere inquadrati all'interno del sistema di garanzie costituzionali poste dal costituente a tutela della posizione di suprema fonte del diritto riconosciuta nel nostro ordinamento giuridico alla Carta costituzionale.

In un sistema come il nostro, in cui è stata prevista una costituzione rigida e un controllo accentrato di costituzionalità delle fonti primarie, i principi generali sono chiamati innanzitutto a colmare le lacune esistenti nel sistema normativo ai sensi dell'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale contenute nel

³⁵⁸Successivamente la Corte costituzionale farà espresso riferimento alla categoria dei principi supremi dell'ordinamento nella sentenza n.1146 del 1988. Vedi primo capitolo, paragrafo 1.10.1. e Cfr. A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, p.62, nota 46.

³⁵⁹I principi generali dell'ordinamento si distinguono in principi costituzionali e principi generali tratti dalla legislazione ordinaria. Mentre i primi sono il portato delle scelte effettuate dal potere costituente, i secondi sono opera del potere costituito. A loro volta i principi costituzionali possono essere impliciti, ovvero, non dotati di copertura costituzionale (principio di legalità, principio d'irretroattività della legge, principio di unità e totalità dinamica dell'ordinamento, principio della responsabilità per danno, principio di obbligatorietà delle norme, principio di logicità). Sono principi costituzionali espliciti e fondamentali quelli contenuti nei primi 12 articoli della Carta costituzionale.

³⁶⁰E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971. Secondo l'autore, nei principi si rinviene un'eccedenza di contenuto deontologico o assiologico rispetto a quello proprio delle comuni norme giuridiche. A ciò l'autore affianca la tesi della non normatività dei principi generali, tesi, di contro, rigettata, da Crisafulli che li considera vere e proprie norme. (V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p.37). Romano, Donati e Modugno, hanno invece, visto dei principi generali delle fonti di norme. Modugno, in particolare, sottolinea come, in ragione della idoneità dei principi generali allo svolgimento della cosiddetta funzione normogenetica, questi debbano essere classificati come fonti fatto. Se il principio fosse diretta e immediata qualificazione o valutazione di fatti, di situazioni, di azioni, esso si ridurrebbe a norma più generale o comprensiva di altre che vi si possono raccordare, ma perderebbe la sua alternative funzionale, ossia la capacità di venire adattato alla qualificazione di casi imprevisi, la sua funzione normogenetica >. Inoltre, ai fini dell'individuazione e della qualificazione di un principio non basta limitarsi all'elemento formale della dichiarazione in Costituzione, è necessario l'intervento dell'operatore a cui spetta il compito di svolgere un'attività di tipo ermeneutico-ricostruttiva basata su delle scelte di valore: «Il principio generale è dunque strutturalmente una costruzione dell'interprete-operatore- a partire dalle norme ritenute vigenti in un dato ordinamento positivo o ritenute implicite nelle sue istituzioni- che consiste in un fascio indeterminato di valutazioni o qualificazioni di oggetti, fatti, situazioni, stati di cose, comportamenti, potenzialmente idoneo a sciogliersi a concretarsi di volta in volta, in qualificazioni determinate, puntuali e quindi applicabili a concrete fattispecie» F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giuridica Treccani*, Vol.XXIV Roma, 1991, p.4.

Codice civile³⁶¹. Accanto a questa originaria funzione integrativa, è pacifico in dottrina il riconoscimento ai principi generali della capacità di svolgere sia una funzione programmatica, volta all'indicazione di indirizzi ed orientamenti per il legislatore, che una funzione interpretativa, attraverso la quale a disposizioni di incerta o dubbia accezione, viene attribuito un significato coerente con il principio, così che esso assurge al ruolo di strumento, canone di valutazione a disposizione dei giudici e del legislatore.

Considerare i principi non come norme in sé ma come fonti di norme applicabili a singole fattispecie, conduce a qualificarli come principi di valutazione e non valutazione in atto. Da qui la necessità di un'attività d'intermediazione da parte dell'interprete. Avvalendosi degli enunciati normativi, delle regole grammaticali, dei contesti culturali, nonché della semantica e della sintassi, l'operatore andrà ad enucleare dal principio la norma da applicare alla fattispecie.

Oltre a svolgere le tre funzioni che a vario titolo sono attribuite ai principi generali, i principi supremi si connotano per la loro immodificabilità. Ponendo delle istanze irrinunciabili e caratterizzanti in sommo grado il nostro ordinamento, i principi supremi non possono essere sottoposti a procedimento di revisione costituzionale. Sono contenuti nei primi dodici articoli della Costituzione e si caratterizzano per l'irretrattabilità, l'inalterabilità e l'inderogabilità del loro contenuto essenziale. I principi supremi non possono essere derogati da quei principi generali costituzionali che offrono copertura costituzionale ad uno specifico settore di produzione normativa, come ad esempio il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno³⁶² e il principio concordatario³⁶³. Le norme deducibili da principi supremi possono però essere derogate da norme formalmente costituzionali, legislative o deducibili da altri principi supremi. Tale cedevolezza richiede una specifica giustificazione di necessità, adeguatezza, ragionevolezza. Alla base della scelta di qualificare come supremi tali principi, sta

³⁶¹ «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Art 12.2 Disposizioni preliminari del Codice Civile.

³⁶² Le sentenze della Corte costituzionale n. 98/1965, 183/1973, 170/1984 hanno vincolato al rispetto dei diritti inviolabili e dei principi fondamentali il diritto sovranazionale comunitario.

³⁶³ Le sentenze della Corte costituzionale n. 30 e 31/1971, 12/1972, 175/1973, 1/1977, 18/1982 hanno vincolato al rispetto dei diritti supremi il diritto di derivazione concordataria.

in primis una valutazione di fondo effettuata dai costituenti ai fini dell'edificazione di una forma di stato democratica e pluralista e al contempo, l'operato della Corte costituzionale che, effettuando nei suoi giudizi dei bilanciamenti tra i vari principi, ha introdotto una graduazione di valore all'interno degli enunciati costituzionali. Non solo le leggi ordinarie ma anche le leggi costituzionali e le leggi di revisione devono, infatti, essere conformi ai principi supremi così che essi fungono da norme parametro di vertice nei giudizi di legittimità costituzionale³⁶⁴.

2.2. IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

La concezione del principio di eguaglianza confluita nel testo della Costituzione all'articolo 3, costituisce il riflesso dei mutamenti sociali e politici che hanno segnato la storia del nostro paese nel passaggio dalla forma di stato liberale a quella di stato sociale. Nello stato liberale monoclasse, la legge viene concepita come atto normativo generale ed astratto, nell'ottica di quella che era stata la visione elaborata dai pensatori illuministi, democratici e liberali e poi rivisitata dalla dottrina italiana³⁶⁵. In linea generale si trattava di precetti indefinitamente ripetibili e diretti a tutti i consociati o a tutti i cittadini, ovvero, di precetti legislativi a contenuto "universale". L'estensione del diritto di voto e l'avvento della rivoluzione industriale con le richieste di maggiore rappresentatività politica e di tutela sociale che porta con sé, conducono ad una trasformazione dei contenuti normativi rendendoli nel tempo sempre meno universali. Il moderno stato sociale pluriclasse, proprio per i concreti interventi di correzione e di riequilibrio sociale che postula, richiede l'approvazione di norme di settore e spesso anche di leggi particolari e concrete, tali da introdurre differenziazioni correlate alle diverse condizioni personali e sociali.

³⁶⁴ Il sistema di garanzie giurisdizionali costituzionali risulta così articolato su vari livelli che vedono al vertice i principi supremi, poi i principi generali, le norme costituzionali e le norme interposte.

³⁶⁵ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.61. Per i giuristi positivi italiani il concetto di generalità deve essere riferito ad un comando impersonale, mentre quello di astrattezza all'indefinita ripetibilità nel tempo.

Da qui si comprende come ai semplici enunciati del principio di eguaglianza contenuti nelle costituzioni dell'Ottocento, subentrano nelle costituzioni del Dopoguerra disposizioni in cui viene fatto esplicitamente menzione del divieto di assumere determinati elementi quale fattore cui ricollegare differenze normative.

Il concetto di eguaglianza che viene ad affermarsi, è quello di pari diritto a beni della vita, ovvero, eguale possibilità di acquisire una determinata posizione giuridica. Diventa così fondamentale la scelta del criterio sulla base del quale verranno attribuiti i beni della vita dando origine a delle differenziazioni normative. Tali differenziazioni possono ricondursi a qualsiasi valore o scopo che il legislatore intenda perseguire purché non si ricolleghino al soggetto come tale³⁶⁶.

In tal modo l'esigenza di universalità che nel periodo liberale veniva garantita attraverso leggi dai contenuti generali e astratti, con l'avvento del welfare state, viene soddisfatta attraverso l'applicazione del principio di adeguatezza della norma alla sua *ratio*.

Il legislatore, una volta collegate certe conseguenze giuridiche a determinate fattispecie, in ragione di una particolare caratteristica che esse presentano, è tenuto a riferire le medesime conseguenze a qualsiasi altra fattispecie che abbia quella stessa caratteristica, a meno che non vi sia una valida ragione per differenziare il trattamento³⁶⁷. Tali differenziazioni saranno giustificate, come anzidetto, solo quando ricollegabili ad effettive differenze dei fenomeni sociali regolati³⁶⁸.

Da queste premesse è possibile ricavare i termini della questione dottrina che vede contrapposta la concezione dell'eguaglianza intesa come pari diritto a beni della vita (concezione valutativa) a quella che teorizza il diritto ad un pari bene della vita (concezione paritaria). Nel primo caso il criterio di attribuzione dei beni sarà dato dall'eguaglianza formale, intesa come uguale "possibilità" di vedersi

³⁶⁶ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.49. Tali differenziazioni possono ricollegarsi alla natura dell'atto, dell'attività, del rapporto, della funzione ed allo stesso soggetto per quel che concerne la sua attitudine in relazione all'attività, alla funzione, mai tuttavia alle qualità del soggetto considerate al di fuori di un collegamento con i fattori oggettivi indicati.

³⁶⁷ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, Padova, 2003, p.40.

³⁶⁸ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.71. In base alla giurisprudenza della Corte costituzionale le differenze invocate per dettare discipline diverse debbono essere effettivamente riscontrabili, la diversità normativa deve essere congrua e pertinente rispetto alle differenze fattuali riscontrate, non può essere giustificata da elementi che risultino essere comuni ad entrambe le fattispecie considerate e diversamente regolate.

attribuiti determinati beni della vita, mentre la seconda fa riferimento all' "attualità" del godimento, ovvero, all'effettiva titolarità di eguali posizioni giuridiche e dunque all'eguaglianza sostanziale.

Una delle questioni più controverse su cui la dottrina si è confrontata, riguarda la natura soggettiva o oggettiva che deve essere attribuita al principio di eguaglianza formale. Gli studiosi si sono chiesti se il principio debba essere considerato come una situazione giuridica soggettiva (Finocchiaro, Barile) oppure quale pari attitudine di tutti i cittadini ad essere titolari di situazioni giuridiche attive e passive (Mazziotti). A considerare il principio da una prospettiva d'analisi oggettiva, è stato innanzitutto Mortati³⁶⁹ che a proposito dell'eguaglianza ha affermato: «Più che come diritto a sé stante, vale come motivo diretto a fare dichiarare l'invalidità di un determinato trattamento perché sperequato rispetto a quello praticato ad altri nella stessa condizione». Sulla stessa linea si è posto anche Agrò,³⁷⁰ che nel negare la riconducibilità del principio a categorie soggettive, lo definisce come canone generale informatore di qualsiasi atto subordinato, quali che siano gli speciali limiti costituzionali che questo debba rispettare.

Secondo l'autore: «Nella sua applicazione, il principio non incontra, infatti, alcuno dei limiti che *ratione materiae* delimitano la sfera di ogni altro principio costituzionale, così che esso risulta avere un valore amplissimo quasi di sfondo e di chiusura rispetto a tutti gli altri articoli della Costituzione».³⁷¹ Se osservato da una prospettiva oggettiva, il principio d'eguaglianza può essere letto come norma di produzione di atti subordinati e ricondotto alle prima citate concezioni paritarie e valutative.

Secondo la concezione paritaria, il legislatore sarebbe tendenzialmente tenuto ad uniformare le discipline o alcuni attributi di queste, in forza del canone che si sta esaminando³⁷². Tra i sostenitori di questa teoria vi è *in primis* l'Esposito che, dall'eguaglianza intesa come pari sottoposizione di ciascun cittadino

³⁶⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, p. 941.

³⁷⁰ A. S. AGRÒ, *Articolo 3, Commentario alla costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Roma, 1975, p.128-129.

³⁷¹ Tale valore è stato riconosciuto al principio anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n.25 del 1966.

³⁷² AGRÒ, *op. ult. cit.*, p.130 ss.

all'ordinamento giuridico, ricava il divieto di leggi personali e del caso concreto³⁷³. A sposare a pieno la tesi valutativa, sono, invece, Paladin e Mortati. Paladin trae dall'enunciazione in Costituzione del principio di eguaglianza formale alcune conseguenze di rilievo, innanzitutto il divieto di leggi personali³⁷⁴ e di leggi speciali mancanti di fondamento giustificativo.

Per negare l'ammissibilità di leggi personali, l'autore richiama il pensiero di Schmitt, la giurisprudenza della Corte costituzionale ed infine il testo dell'articolo 3 Cost. nella parte in cui impone l'esclusione di distinzioni personali. In particolare, per stabilire quali leggi pongano distinzioni personali, non si deve fare riferimento né al criterio testuale della nominatività, né a quello logico dell'irripetibilità, bensì deve essere accertato che la disposizione sindacata si riferisca a soggetti predeterminati. Oltre all'analisi testuale ed ai lavori preparatori, gli strumenti di cui avvalersi per effettuare tale valutazione saranno, i sintomi estrinseci (elenco ufficiale degli interessati del quale il legislatore avesse preso visione) ed intrinseci (l'eventuale esiguità del numero degli interessati)³⁷⁵.

Per quanto attiene le leggi speciali o d'eccezione, queste sarebbero sindacabili solo se messe a confronto con discipline ad esse omogenee ed in riferimento ai presupposti di fatto delle classificazioni normative.

In senso contrario si esprime Mortati concludendo per la non fondatezza della tesi di Paladin sul divieto di leggi personali³⁷⁶. Mortati ritiene ammissibili quelle leggi

³⁷³ C. ESPOSITO, *Eguaglianza e giustizia nell'articolo 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954. Agrò rileva come l'Esposito, nell'indicare come criterio per il riconoscimento di leggi personali, la ricerca dell'interesse che si è inteso tutelare e la congruità di tale tutela, cade nella contraddizione di spiegare una teoria paritaria facendo ricorso ad un criterio di tipo valutativo.

³⁷⁴ L. PALADIN, *Eguaglianza*, Enc. Dir. Giuffrè, Vol.XIV, Milano, 1965, p. 525 ss. «La legge non è giuridicamente abilitata ad istituire valido diritto, se non al patto di essere dotata di tanta astrattezza quanta ne pretende l'articolo 3 comma 1 Costituzione». Da qui si ricava la non sottoponibilità delle leggi universali al sindacato di costituzionalità perché presunte conformi all'art.3.1. In senso contrario le decisioni della Corte costituzionale n.53 del 14 luglio 1958, n.5 del 18 febbraio 1960, n.21 del 31 marzo 1961.

³⁷⁵ Tale accertamento verrà svolto "positivamente", ovvero, sulla base di informazioni tratte all'interno dell'ordinamento. Paladin esclude quindi ogni tipo di ricerca volta all'individuazione delle finalità della legge escludendo quindi il metodo accolto dalla dottrina tedesca (Forsthoft) per l'individuazione delle *Massnahmegesetze* (leggi provvedimento).

³⁷⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, 1976, Padova, p.1021-1022. «[...] Si può osservare, in ordine al primo limite che una volta ammessa la validità di norme di eccezione sulla base della loro giustificazione, non si riesce a spiegare come questo stesso criterio non debba essere invocato a sostegno di una legge personale, quando si dimostri che l'eccezionalità della situazione si presenta solo nei riguardi di uno o più soggetti determinati. [...] Non può ritenersi che il limite si possa ricavare dal divieto di distinzioni basate su condizioni personali contenuto

personali che, adottate sulla base di una giustificazione oggettiva in conformità a leggi generali, danno esecuzione ai loro precetti e ne innovano i contenuti³⁷⁷.

Conclusa questa breve introduzione al significato generale che il principio d'eguaglianza assume nel nostro ordinamento, è opportuno procedere ad un'analisi puntuale del contenuto de primo comma dell'articolo tre:

«Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

Il principio di eguaglianza costituisce un corollario del principio personalistico che proietta la persona umana e il suo sviluppo al centro dell'ordinamento giuridico, facendoli assurgere a fine ultimo dell'organizzazione sociale del paese.

Nella prima parte del testo viene precisato l'ambito di applicazione del principio. Questo esplica la propria efficacia nei confronti di tutti i cittadini, sia che si tratti di governati che di governanti. Specificazioni sono contenute all'articolo 97 Cost. che prescrive l'imparzialità dell'amministrazione e nell'articolo 101 Cost. in base al quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Anche i parlamentari sono tenuti al rispetto dell'articolo 3, sebbene nello svolgimento delle loro funzioni godano di alcune prerogative sancite nell'articolo 68 Cost. al fine di salvaguardare la loro indipendenza ed evitare nei loro confronti azioni persecutorie³⁷⁸.

Autorevolmente definita da Livio Paladin³⁷⁹ come *curiosa e nuovissima*, la formula della *pari dignità sociale* deve essere riferita al pregio ineffabile della

nell'articolo 3 e neppure da un principio di generalità della legge che non è in nessun modo enunciato e che non potrebbe trarsi, senza incorrere in una petizione di principio, dallo stesso articolo 3». Alla limitazione del controllo alle sole leggi speciali sostenuta da Paladin, Mortati oppone: «La difficoltà di rinvenire il criterio di distinzione tra generale e speciale. Quello argomentato da Paladin dovrebbe condurre a fare argomentare la specialità di una norma dal confronto con le norme che regolano la classe dei rapporti comuni all'una ed alle altre, così da dirigere il giudizio di costituzionalità all'accertamento della validità della deroga apportata dalla prima, mentre nel caso di coesistenza di più norme tutte speciali il giudizio stesso sarebbe da desumere dai principi generali del sistema. Si può osservare come esso non elimini la difficoltà inerente alla determinazione della classe di rapporti cui è da ricondurre la norma speciale, data la complessità che i rapporti stessi possono presentare, tale da rendere arduo il farli rientrare, nella loro totalità, in una stessa classe; ma soprattutto non spiega perché quella stessa esigenza fatta valere per il secondo dei casi ora ricordati non possa riscontrarsi anche nei confronti di leggi tutte generali che risultino fra loro in contrasto».

³⁷⁷ MORTATI, *Istituzioni*, p.1028.

³⁷⁸ Si tratta della prerogativa dell'insindacabilità per le opinioni ed i voti espressi dal parlamentare nell'esercizio delle sue funzioni e del riconoscimento della prerogativa dell'inviolabilità da parte della camera di appartenenza in riferimento a provvedimenti limitativi della libertà personale adottati nei confronti di un parlamentare, qualora si configuri il cosiddetto *fumus persecutionis*.

³⁷⁹ PALADIN, *Eguaglianza*, p.520.

persona umana quale che sia la posizione da essa rivestita nella società³⁸⁰. Nessuno può, infatti, essere esentato dall'applicazione della legge in ragione dell'appartenenza ad una casta ad un ceto o ad un ordine. Dalla generica enunciazione del principio si passa quindi all'elencazione delle qualificazioni soggettive che alle amministrazioni ed ai giudici è vietato prendere in considerazione ai fini dell'applicazione della legge, così come al legislatore viene proibito di assumerle a fondamento di normative discriminatorie. In sede costituente tale previsione venne elaborata allo scopo di evitare il ripetersi delle gravi violazioni al principio di eguaglianza perpetrate dal regime fascista sulla base delle opinioni politiche, della fede religiosa e della presunta appartenenza ad una razza. Violazioni poste in essere in via legale in quanto lo Statuto Albertino non disponeva degli espliciti divieti in materia di discriminazioni fondate su posizioni soggettive, lasciando alla legge la disciplina di ogni tipo d'intervento limitativo della libertà personale.

In realtà, i divieti posti nel primo comma dell'articolo tre non devono essere intesi in senso assoluto, spesso, infatti, le posizioni soggettive sopra enunciate vengono utilizzate dal legislatore quale criterio per individuare delle categorie di soggetti a cui l'ordinamento accorda in via normativa delle forme di tutela. Il secondo comma dell'articolo, attribuendo alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini e impediscono il pieno sviluppo della persona umana, prefigura una serie di interventi legislativi di tipo correttivo a favore di singoli gruppi sfavoriti nella realtà economica e sociale. Viene in tal modo postulata una legislazione orientata dalle condizioni personali e sociali che si pone come obiettivo la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale.

Un esempio è fornito dal criterio del sesso e dalle tutele accordate sulla base del dettato dell'articolo 37 Cost. per la donna madre.

Il rispetto del principio di eguaglianza davanti alla legge deve essere quindi assicurato anche in riferimento a tutte quelle disposizioni che si caratterizzano per la loro settorialità, riferendosi, come prima accennato, a cerchie di cittadini individuate per la loro appartenenza ad un determinato gruppo economico, sociale

³⁸⁰ MORTATI, *Istituzioni*, p.1017-1018.

o professionale. Cospicua è, infatti, la mole delle leggi di intervento economico, di organizzazione di pubblici servizi, di protezione di singole categorie sociali, leggi che prevedono diritti di prestazione a carico dello stato e degli altri enti pubblici³⁸¹.

L'articolo 3 Cost. sancisce, dunque, dei divieti di distinzioni fondate sui criteri in esso menzionati qualora tali distinzioni risultino irragionevoli o arbitrarie, di contro devono essere considerate legittime, quelle ragionevolmente giustificate³⁸². Secondo l'autorevole pensiero del Mortati, devono essere giudicate conformi al principio di eguaglianza le deroghe consentite da altre norme costituzionali, da considerazioni di fatto³⁸³ o da criteri attitudinali³⁸⁴.

2.3. L' EGUAGLIANZA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Più d'ogni altro parametro costituzionale, il principio di eguaglianza si risolve in ciò che la Corte costituzionale ne ha fatto, operando una continua formulazione e rielaborazione di schemi giurisprudenziali in giudizio³⁸⁵.

Per quanto concerne l'estensione dell'ambito soggettivo di efficacia del principio, si è discusso se tra i destinatari della disposizione, oltre ai cittadini debbano essere annoverati anche gli stranieri e le persone giuridiche.

La Corte costituzionale ha ritenuto che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita anche agli stranieri, la dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili della persona (sentenze n. 47/1977; 14/1970; 104/1969).

L'articolo 3 Cost. opera anche nei confronti delle persone giuridiche sebbene alcune delle discriminazioni esplicitamente vietate siano ipotizzabili solo in riferimento alle persone fisiche.

³⁸¹ G. AMATO E A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Vol.I, Bologna, 1984, p.314-15 ss.

³⁸² Allo stesso modo sono proibite le ingiustificate parificazioni di fattispecie diverse.

³⁸³ MORTATI, *Istituzioni*, p.1019. «[...] Deroghe richieste dalla natura stessa delle cose che può essere tale da rendere impossibile l'applicazione del principio, cui oppone ostacoli o di ordine naturale e biologico oppure morale quale risulta dalla coscienza sociale dominante nella comunità nazionale».

³⁸⁴ Per una trattazione più dettagliata del principio di eguaglianza sostanziale si rimanda al paragrafo 2.3.1. Per il concetto di criterio attitudinale, vedere terzo capitolo.

³⁸⁵ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979 -dicembre 1983*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, p. 608.

Analizzando le decisioni adottate dalla Corte costituzionale in riferimento al principio di eguaglianza, a partire dagli anni Cinquanta, si registra un progressivo mutamento d'indirizzo che conduce il giudice delle leggi a transitare da una concezione paritaria ad una valutativa del principio in esame.

Con la sentenza n.3 del 1957 la Corte riconosce al legislatore piena discrezionalità nello stabilire i criteri sulla base dei quali prevedere delle differenziazioni normative, fermo restando il rispetto dei divieti imposti dal primo comma dell'articolo 3.

Lo stesso concetto viene ripreso nella sentenza n.28 del 1957³⁸⁶ in cui la Corte precisa come ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità di situazioni regolate, implicherebbe valutazioni di natura politica che alla Corte sono precluse anche a norma dell'articolo n.28 della legge 11 marzo 1953.

Tale prospettiva interpretativa rispecchia fedelmente la teoria paritaria sostenuta in quegli anni dall'Esposito (pari sottoposizione di tutti al medesimo sistema normativo) e dal Paladini (divieto di leggi personali) e mostra come la Corte presti accurata attenzione a non sconfinare attraverso le sue pronunce in materia di eguaglianza, nell'ambito delle scelte politiche di prerogativa parlamentare.

A modificare tale orientamento giurisprudenziale interviene la sentenza n.53 del 1958 in cui la Corte dichiara che, pur essendo la valutazione della diversità di situazioni riservata al legislatore, è anche vero che non si contraddice a queste affermazioni né si compiono valutazioni di natura politica, né si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse³⁸⁷.

Ad approfondire tale indirizzo interverrà la successiva sentenza n.56 del 1958 in cui la Corte afferma che le distinzioni normative fondate sulle qualificazioni sancite nel primo comma dell'articolo tre, non sono vietate a priori, ma esigono un giudizio sul motivo per cui il legislatore le ha assunte quale elemento per distinguere. Qualora tale scelta sia ragionevolmente fondata, la norma non può

³⁸⁶ In questa fase non viene ancora precisato dalla Corte il divieto di differenziare fattispecie analoghe.

³⁸⁷ In merito vedi S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2008, p.22.

essere dichiarata incostituzionale. Al contempo la Corte dichiara che ogni distinzione non fondata sui criteri elencati nel primo comma dell'articolo tre, non possa essere considerata incostituzionale.

Ma è con la sentenza n.15 del 1960 che la giurisprudenza sul principio di eguaglianza subisce una svolta fondamentale. In tale pronuncia la Corte dichiara che il principio di eguaglianza sia da considerarsi violato ogni qual volta la legge imponga senza un ragionevole motivo un trattamento diverso nei confronti di cittadini che si trovano in situazione eguale³⁸⁸.

A partire da questa pronuncia, il principio di eguaglianza diviene principio di ragionevolezza delle classificazioni legislative e cioè divieto per il legislatore, in assenza di una ragionevole giustificazione, di trattare diversamente fattispecie analoghe, ovvero, identicamente, fattispecie dissimili³⁸⁹.

Da allora il principio di eguaglianza assurge a canone di non arbitrarietà delle classificazioni normative: sia di quelle basate sulle posizioni soggettive elencate nel primo comma dell'articolo tre, sia di tutte quelle che stabiliscono distinzioni di ordine oggettivo.

A tal proposito Cerri ha constatato l'esistenza di un' importante differenza strutturale che connota fortemente il campo di applicazione del principio.

Si tratta del cosiddetto *nucleo forte*³⁹⁰ equivalente al divieto di distinzioni elencate nel primo comma, a cui si affianca un ambito allargato di applicazione³⁹¹ (generico divieto distinguere sulla base di condizioni personali e sociali) che si traduce in un sindacato sulla oggettiva razionalità dell'ordinamento³⁹².

³⁸⁸ A.S. AGRÒ, *Articolo 3*, Commentario alla costituzione, G. BRANCA, (a cura di) Bologna, Roma, 1975, p.142.

³⁸⁹ GHERA, *Il principio di eguaglianza...*, p.34. Vedi anche E. CHELI, *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell'ambito familiare*, Giur. Cost., 1969, p.804-814.

³⁹⁰ A partire dalla sentenza n.175 del 1971 e poi nella n.183 del 1973 la Corte individua una gerarchia tra le norme della costituzione, ovvero, un nucleo normativo ristretto alla luce del quale le altre norme costituzionali devono essere interpretate. Lo stesso concetto verrà poi ribadito nella sentenza n.1146 del 1988.

³⁹¹ A. CERRI, *Voce "Uguaglianza (Principio costituzionale di)"*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol.XXXII, 1994, p.9. «Nell'ambito di distinzioni oggettive che solo occasionalmente comportino vantaggi o svantaggi (in ipotesi ingiustificati) per taluno, il controllo di costituzionalità è meno rigoroso e si svolge secondo i seguenti passaggi: raffronto della effettiva analogia o omogeneità delle fattispecie raffrontate nell'ottica privilegiata della *ratio legis*; non identificabilità di elementi ulteriori in una delle due fattispecie collegabili alla disciplina differenziata, corrispondenza a realtà dell'ipotizzato elemento diversificatore ».

³⁹² A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*,p.62-63. «(Il principio di eguaglianza) assume una più ampia funzione di difesa avverso vizi logici non idonei a ripercuotersi su sfere giuridiche

Da qui la conseguenza per cui, mentre in linea di massima il giudizio di legittimità è governato dalla regola della presunzione della ragionevolezza della differenza di trattamento, salvo dimostrazione dell'assenza di un ragionevole motivo per differenziare,³⁹³ esiste in sede di sindacato di costituzionalità, una presunzione di irragionevolezza in riferimento alle leggi che stabiliscono disparità di trattamento sulla base del sesso, della lingua etc.³⁹⁴

Una parte della dottrina³⁹⁵ ritiene, inoltre, che dal divieto di discriminare in base alle categorie soggettive ex. art.3.1 Cost., derivino dei diritti soggettivi costituzionalmente garantiti: ad esempio dal divieto di discriminazioni normative fondate sul sesso si ricaverebbe il diritto alla parità di trattamento tra uomo e donna³⁹⁶. Di regola sono considerate legittime quelle limitazioni ai diritti fondate sulla necessità di perseguire dei valori garantiti dalla Costituzione e tali da non contravvenire al rispetto del principio di ragionevolezza; in questi casi la Corte è tenuta ad esercitare il suo sindacato sul bilanciamento di valori effettuato dal legislatore. La possibilità di una verifica da parte della Corte implica che il controllo posto in essere sia in qualche misura esterno rispetto alle scelte legislative. Inoltre esso non pare di norma orientato a prefigurare gerarchie astratte tra vari principi costituzionali³⁹⁷. In genere la Corte addivene

strettamente subietive più o meno fondamentali del cittadino o del singolo, ovvero, avverso incongruenze non dovute a fini discriminatori, [...] la cui necessità si rende sempre più avvertita in un'epoca in cui l'ordine legislativo diviene per necessità caotico e tumultuoso, ben lontano da quell'ideale di razionalità, chiarezza e universalità vagheggiato dall'Illuminismo a causa appunto dei crescenti compiti che lo stato assume della precarietà dei compromessi e degli equilibri politici, dell'urgenza dei problemi che impedisce di sovente un adeguato ponderare».

³⁹³ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.42.

³⁹⁴ Cfr. A. CERRI, Voce "Uguaglianza (Principio costituzionale di)", in *Enciclopedia giuridica* Treccani, Vol.XXXII, 1994, p.9 «Quando viene in esame una distinzione oggettiva, riconducibile all'articolo 3 comma 1, la Corte dovrà valutare se detto elemento soggettivo sia ricollegabile a fattori oggettivi suscettibili di essere ricondotti a criterio di distinzione; questa valutazione può essere di estremo rigore, nel senso al limite da escludere qualsiasi possibile collegabilità (presunzione negativa assoluta); oppure gradatamente di ammettere un collegamento a condizioni di stretta necessità (mezzo unico); e minimalità del mezzo (talvolta designata come proporzionalità) con onere della prova interamente a carico di chi sostiene la legittimità della legge e con requisiti probatori di massimo rigore; a condizione di non pretestuosità del mezzo. Al sindacato della necessità deve essere affiancato anche quello sulla sufficienza (idoneità, adeguatezza) del mezzo».

³⁹⁵ Secondo Cerri, l'eguaglianza nel suo nucleo forte risulta essere immediatamente efficace nei rapporti interprivati. (CERRI, *L'Eguaglianza nella giurisprudenza...* p.72). Di contro la maggior parte della dottrina costituzionalistica ha ritenuto che il principio sia violato solo quando, per effetto di una discriminazione venga compromesso il godimento di un bene della vita.

³⁹⁶ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n.137/1986 e n.163/1993.

³⁹⁷ «Lo scrutinio di costituzionalità non deve essere effettuato in astratto, tra i valori in sé e per sé considerati, ma in concreto valutando l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno

all'accoglimento della questione quando la ponderazione operata dal legislatore abbia come esito il sacrificio di un diritto che rischia di essere compromesso nel suo nucleo più ristretto ed essenziale³⁹⁸.

Ad ogni modo si deve precisare come non tutti i divieti di discriminazione stabiliti nel primo comma dell'articolo tre abbiano il medesimo grado di resistenza al bilanciamento con valori concorrenti, alcuni avendo una forza di resistenza minore di altri, anche in considerazione del fatto che è la stessa Costituzione a prevederne esplicitamente il sacrificio o perché è la natura delle cose ad impedire una completa parità di trattamento³⁹⁹.

Nel momento in cui riconduce l'ambito applicativo di una disposizione alla sua *ratio*, il giudice delle leggi, nell'effettuare il sindacato di eguaglianza compie un'operazione di tipo interpretativo. Nel nostro ordinamento giuridico il ricorso al sindacato di costituzionalità si configura quindi, qualora non sia possibile sulla base del testo o del contesto normativo in causa, effettuare un'interpretazione adeguatrice in senso restrittivo, estensivo o analogico, oppure un'interpretazione sistematica che armonizzi la legge alla Costituzione⁴⁰⁰.

Sebbene la Corte non abbia mai esplicitato nelle sue sentenze quali siano i criteri sulla base dei quali debba svolgersi il sindacato di costituzionalità condotto alla stregua del principio di eguaglianza, risulta tuttavia possibile individuare degli elementi che ricorrono in quasi tutte le pronunce di tal genere. I termini del giudizio possono essere dati da due normative impugnate perché disciplinanti diversamente fattispecie concrete ritenute simili (ipotesi di sindacato A), oppure due fattispecie concrete ritenute simili, ma disciplinate diversamente da una stessa norma, oppure ritenute dissimili e disciplinate allo stesso modo da una singola norma (ipotesi di sindacato B)⁴⁰¹. Richiedendo il principio di eguaglianza l'eguale Trattamento di situazioni uguali e il differente trattamento di situazioni diverse, la

e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro come disposti dal legislatore in vista della composizione del potenziale contrasto». Sentenza della Corte costituzionale n. 372/2006.

³⁹⁸ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili"*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol.XI, 1989, p.32-33.

³⁹⁹ GHERA, *Il principio di eguaglianza...*, p.43. In tal senso esempi sono forniti dalle differenze di trattamento basate sulle differenze di fede religiosa e sulle discriminazioni linguistiche presenti nei programmi scolastici.

⁴⁰⁰ CERRI, *Eguaglianza...*, p.10

⁴⁰¹ CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*, p.47. «Il raffronto che impone il principio di eguaglianza si risolve nel paragone ora tra fattispecie normative distinte, correlate a situazioni reali, ora tra fatti giuridici riconducibili ad identica norma».

questione che pregiudizialmente la Corte è chiamata a risolvere consiste nello stabilire se le situazioni siano tra loro eguali o diverse.

Essendo sempre possibile, come precisato nella prima parte della trattazione, assimilare o differenziare due fenomeni in riferimento a determinati profili, l'analogia e la diversità non dovranno essere prese in considerazione da una prospettiva meramente naturalistica, bensì sulla base della *ratio* della norma. Per *ratio* deve intendersi quel presupposto al quale è possibile ricollegare determinate conseguenze giuridiche⁴⁰² e che va quindi a costituire la ragione giustificativa della norma.

Le indagini in merito alla *ratio*, ovvero, alla finalità, che la legge si propone di raggiungere mirano all'acquisizione di tutti quei dati che possono servire per la ricostruzione di una precisa volontà legislativa, ovvero, secondo altre terminologie, del motivo o dell'intento.

Secondo Agrò i fattori a cui può farsi riferimento sono:

- 1) i lavori preparatori⁴⁰³, con particolare riferimento alle relazioni del disegno o del progetto di legge e di quelle della commissione referente;
- 2) le circolari ministeriali esplicative;
- 3) gli accordi sindacali;
- 4) i precedenti storici di un istituto;
- 5) la situazione storica a cui il legislatore avrebbe dovuto fare riferimento.

Una volta individuata la *ratio* della norma, il primo controllo che la Corte effettua attiene la rilevanza della somiglianza o della dissomiglianza delle fattispecie poste a confronto.

Più precisamente la Corte effettua un controllo sulla omogeneità o disomogeneità delle fattispecie poste a raffronto⁴⁰⁴.

⁴⁰² CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*, p.77.

⁴⁰³ Cfr. A. CERRI, *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte costituzionale*, Giur. Cost., 1968, p. 617 ss.

⁴⁰⁴ «Preliminarmente il giudizio di eguaglianza postula non uno ma due distinti termini da porre in reciproca comparazione; sicché risulta palese che il problema della giustificatezza d'una certa disciplina non sussiste –secondo l'articolo 3 comma 1- se non in vista di un'altra disciplina per qualche verso omogenea, vale a dire giuridicamente suscettibile di esserle messa a raffronto». (PALADIN, *Eguaglianza*, p. 527). Si comprende come per Paladin nel giudizio di eguaglianza, sia sempre individuabile anche se non esplicitato, il termine di paragone sulla base del quale il

In riferimento ai due tipi di sindacato prima presi in considerazione, gli esiti a cui il giudizio può condurre sono quindi:

- 1) l'estensione di una norma ad ulteriori fattispecie concrete (nell'ipotesi di una loro somiglianza con quelle già comprese nel campo di applicazione della norma in questione);
- 2) la riduzione del campo di applicazione di una norma nel presupposto che non differenzi irragionevolmente tra fattispecie dissimili⁴⁰⁵.

Nell'ipotesi di sindacato di tipo A, una volta individuate le *rationes* delle due differenti normative, la Corte le metterà a confronto per verificare se la *ratio* della normativa impugnata sia idonea a giustificare il diverso trattamento di una classe di fattispecie che presenta tratti di analogia con la classe di fattispecie disciplinate dalla norma assunta a termine di raffronto. Spesso accade che la norma impugnata sia una norma derogatoria, mentre il *tertium* sia dato da una norma generale.

Di contro, nell'ipotesi di sindacato B, una volta estrapolata la *ratio* della norma, questa verrà messa in relazione con il suo campo di applicazione e in particolare, con le caratteristiche obiettive delle fattispecie raffrontate per saggiare la sufficienza dei tratti comuni e dei tratti diversi che presentano, a giustificare l'identico o il diverso trattamento.⁴⁰⁶

Per quanto attiene il sindacato di tipo A, si deve sottolineare come, nella gran parte dei casi in cui questo si conclude con una sentenza di accoglimento, la ragione deve essere ricercata nel fatto che la Corte non ha rinvenuto alcuna giustificazione all'interno della norma impugnata, così che la normativa viene annullata per carenza di motivo per differenziare.

Quando, invece, la Corte riesce ad individuare all'interno della norma una certa *ratio*, procede ad analizzarla per verificarne l'idoneità a giustificare la differenziazione da essa prodotta. In tali casi, allo scopo di limitare lo spazio di valutazione soggettiva, la Corte raffronta la *ratio legis* con i valori tutelati dalla Costituzione, così che, se la *ratio* si rivela perseguire finalità costituzionali sarà

giudizio viene condotto. Vedi anche S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 22.

⁴⁰⁵ GHERA, *Il principio di eguaglianza...*, p.50.

⁴⁰⁶ GHERA, *Il principio di eguaglianza...*, p.54-55.

giudicata ragionevole e quindi non si configurerà violazione del principio di eguaglianza, se invece, si porrà in contrasto con una o più finalità costituzionali, sarà giudicata irragionevole e la relativa normativa verrà annullata dalla Corte attraverso una sentenza di accoglimento. Nei casi in cui la finalità della norma si trovi con i principi costituzionali in un rapporto che non sia né di contrarietà, né di strumentalità, la Corte giudica se la regola predisposta dal legislatore sia necessaria ed idonea al perseguimento della sua finalità. In questo caso la Corte effettua una valutazione di congruità tra mezzi e fini. Nel caso in cui tale congruità non si configuri, la Corte dichiara che la *ratio* della norma è irragionevole.

Lo stesso difetto rivelano quelle norme che contrastano con altre norme presenti in una stessa legge oppure con il proprio sistema normativo di riferimento: in questo caso la Corte mette in evidenza un profilo di contraddittorietà della norma oggetto di giudizio.⁴⁰⁷ I giudizi espressi dalla Corte in materia di eguaglianza mostrano come il supremo giudice delle leggi sia chiamato ad effettuare delle valutazioni a carattere politico in ordine alla giustificatezza o meno delle differenze e delle identità normative e cioè in ordine alla sufficienza o insufficienza degli elementi comuni e diversi a sostenere la scelta di regolare in modo unitario o separato due o più fattispecie. Questa tesi sostenuta da Paladin e originariamente riferita ai rapporti tra norme generali e norme derogatorie, venne poi estesa al confronto di fattispecie non incluse del tutto l'una nell'altra, ma tali da presentare un elemento analogo ed elementi ulteriori diversi ed esterni, in modo tale da effettuare un controllo sulle scelte politiche moderato secondo criteri quantitativi e prudenziali.⁴⁰⁸

Alla Corte è quindi riconosciuto il potere di svolgere un sindacato di legittimità costituzionale finalizzato a censurare le determinazioni irragionevoli assunte dal legislatore, prestando però sempre attenzione a non sconfinare nell'ambito dell'opportunità della scelta legislativa. La Corte può, inoltre, esprimersi

⁴⁰⁷ Cerri sottolinea come la Corte non valuti la bontà o l'opportunità dei fini perseguiti dalla legge, bensì la sussistenza o meno di un corretto procedimento logico attraverso cui sia possibile desumere da essi la differenza normativa in questione. L'obiettivo è, infatti, quello di controllare la coerenza dell'ordinamento complessivo, delle singole leggi e delle singole norme sulla base del principio di non contraddizione e con giudizi meramente analitici. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*

⁴⁰⁸ CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*, p.89-90.

sull'eventuale vizio di eccesso di potere che presenta la legge.

Mutuato dalla dottrina giuspubblicistica francese che configura il *detournement de pouvoir*, il vizio di eccesso di potere è una categoria concettuale prodotta dalla giustizia amministrativa, e si rinviene qualora l'atto amministrativo sia stato posto in essere travalicando le finalità contenute nella legge da cui trae fondamento.

In ambito legislativo la rilevabilità di tale vizio comporta l'accoglimento della tesi dottrinarica secondo cui la funzione legislativa non sia libera, bensì discrezionale, dunque condizionata al perseguimento di determinate finalità.

Secondo Agrò e Modugno tali finalità hanno sempre carattere costituzionale così che anche le classificazioni sulla base delle quali si differenzia, devono essere giustificate dalla volontà di tutelare un valore costituzionale. Le leggi che non soddisfano tali requisiti devono essere dichiarate incostituzionali dalla Corte.⁴⁰⁹

Diversamente, Cerri, analizza il problema da una prospettiva più ampia dubitando fortemente dell'opportunità di *ingabbiare l'intero sistema legislativo entro schemi e fini determinati una volta per tutte nel 1947 sia pure in un momento di particolare tensione ideale*. L'autore, partendo dal presupposto che la Costituzione non copra tutta la gamma dei fini che il legislatore può perseguire, considera il nostro ordinamento come un sistema aperto all'accoglimento di nuovi valori⁴¹⁰, che difficilmente sarebbe possibile ricondurre al testo costituzionale se non attraverso ardui artifici logici. Tra le due tesi è stata evidentemente quest'ultima quella che ha maggiormente convinto la Corte costituzionale, la quale in diverse sentenze di accoglimento, ha dichiarato legittimi interi settori normativi non riconducibili ad alcun valore costituzionale.

2.3.1 Dall'eguaglianza formale all'eguaglianza sostanziale

Il riconoscimento del principio di legalità nella pubblica amministrazione, l'attribuzione della titolarità dei diritti civili e politici ai cittadini, così come la loro formalmente eguale sottoposizione a precetti normativi generali ed astratti, se

⁴⁰⁹ A. S. AGRÒ, *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, Giur. Cost., 1967, p.915-916.

⁴¹⁰ Un esempio è dato dalla tutela dell'ambiente.

per un verso avevano permesso la transizione da una società fondata sul privilegio, ad una fondata sull'eguaglianza formale, per un altro lasciavano ancora impregiudicate le situazioni di ingiustizia e le disuguaglianze di fatto prodotte dal consolidarsi del regime di proprietà ed autonomia privata.⁴¹¹

Anche in questa fase della storia costituzionale italiana, la scelta delle categorie alle quali ricollegare differenziazioni normative, costituisce il frutto di valutazioni politiche che rispecchiano la sensibilità sociale di quel determinato contesto storico-geografico. Tale scelta è riconducibile a decisioni di natura valoriale che finiscono con l'incidere direttamente sui criteri di distribuzione dei beni della vita e quindi sulle condizioni da cui ogni individuo parte e in cui si trova nel percorso che lo conduce a sviluppare in modo più o meno appagante e pieno la sua personalità.

Da qui la necessità avvertita dai costituenti di introdurre nel testo costituzionale la previsione di disposizioni finalizzate alla riduzione delle disparità dei punti di partenza attraverso interventi statali di natura normativa ed economica volti a garantire quegli standard minimi di prestazioni sanitarie, scolastiche e previdenziali tali da compensare il *gap* di opportunità esistente nella nostra società⁴¹².

La transizione dallo stato liberale allo stato sociale, avviata sulla base dei precetti della Costituzione Repubblicana, oltre a portare con sé il riconoscimento e l'obbligo di attuazione dei diritti sociali per il legislatore, dovrebbe avere come ultima tappa della sua evoluzione, la realizzazione di un vero e proprio progetto di trasformazione della società: quello enunciato nel secondo comma dell'articolo 3. In sede costituente, il principio di eguaglianza sostanziale diventa, infatti, il punto nodale del dibattito sull'organizzazione e sull'assetto dei futuri rapporti socio-economici che avrebbero caratterizzato la struttura del paese, consentendo il passaggio da un regime di democrazia formale a uno di democrazia sostanziale.

Come autorevolmente messo in luce dal Romagnoli, a questo proposito la

⁴¹¹ CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p. 50 e p.106.

⁴¹² MODUGNO, *Principi generali*, p.20. «Nella sua tensione personalistica, nel suo carattere derivato dal valore -e garantistico del valore- della personalità di ogni uomo, il principio di eguaglianza presupporrebbe, per la sua piena esplicazione, una già raggiunta parità di situazioni di partenza che andrebbe il più possibile mantenuta per consentire alle persone di svilupparsi liberamente. Ma è questa parità - presupposto che non esiste di fatto. Si parte cioè da situazioni delle persone in fatto diversificate».

Costituzione è *sincera*: non nasconde, anzi esplicita e indica come far fronte alle conseguenze prodotte da quella contraddizione che condiziona, a partire dalle sue fondamenta, il sistema socio-politico. «*Dopo avere proclamato che tutti i cittadini sono liberi e uguali di fronte alla legge non esita di esibire di se stessa un'immagine dissociata ammettendo che la società è fondata sulla diseguaglianza di fatto*⁴¹³». La storia economica ha mostrato come il mercato lasciato al libero gioco della concorrenza non abbia teso a riequilibrarsi in modo spontaneo, altresì ha generato vari tipi di fallimenti. Senza gli aiuti americani e l'intervento dello stato nell'economia, il continente europeo non sarebbe mai riuscito a risollevarsi dalla crisi post-bellica. In Italia, come in gran parte del mondo occidentale, le politiche economiche keynesiane, incrementando la domanda aggregata di beni, avviarono la ripresa economica, consentendo pian piano il ritorno alla normalità e la possibilità per tutti i cittadini di usufruire delle prestazioni conseguenti il riconoscimento e l'attuazione dei diritti sociali enunciati nelle costituzioni del Dopoguerra. Per quanto attiene i profili d'efficacia ricollegabili al secondo comma dell'articolo 3, bisogna innanzitutto evidenziare come, alla stregua del principio di eguaglianza formale, il principio di eguaglianza sostanziale appartenga al nucleo dei principi supremi dell'ordinamento ed abbia contenuto e valore normativo⁴¹⁴.

Ma, mentre il principio di eguaglianza formale viene incluso tra i principi generali⁴¹⁵ attuali, in quanto rivolto in modo diretto a determinare o a definire riassuntivamente modi di essere attuali dell'ordinamento giuridico, quello di

⁴¹³ U. ROMAGNOLI, *Articolo 3*, Commentario alla Costituzione, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Roma, 1975, p 165.

⁴¹⁴ Nei primi dieci anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, la distinzione classificatoria tra *norme precettive* e *norme programmatiche* effettuata dalla Corte di Cassazione in riferimento alla normativa costituzionale, comportò la negazione della giuridicità delle disposizioni in materia di diritti e principi. La conseguenza più grave fu la sopravvivenza di un'ingente numero di leggi approvate durante il periodo fascista e limitative dei diritti fondamentali. Cosicché venendo l'efficacia delle norme sui diritti e sui principi, differita al momento dell'attuazione positiva del loro contenuto, ad esse era negato il potere di annullare la legislazione precedente contrastante. Tale distinzione venne abolita dalla Corte costituzionale attraverso la sua prima sentenza, la n.1 del 1956. Riferendosi all'inerzia mostrata dai governi centristi rispetto alla necessità di attuare le disposizioni sui principi e i diritti, uno dei padri costituenti, Piero Calamandrei, parlò dell'esistenza di un vero e proprio "ostruzionismo di maggioranza", pratica che al contempo costituì per parecchi anni un ostacolo all'istituzione della Corte costituzionale, delle Regioni e l'attuazione dell'istituto referendario. Cfr. P. CALAMANDREI, *Questa nostra Costituzione*, Bompiani, 1995. e ROMAGNOLI, *op. ult. cit.*, p 167.

⁴¹⁵ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in La costituzione e le sue disposizioni di principio, Milano, 1952, p.37. «Le norme principio sono norme fondamentali da cui derivano logicamente (ed in cui sono contenute implicitamente) le

eguaglianza sostanziale precisa le linee fondamentali degli sviluppi futuri che dovranno avere le materie a cui esso si riferisce e classificato come principio programmatico.

Secondo Crisafulli le norme programmatiche devono essere lette come *«Il segno di una prevalenza relativa raggiunta in linea di massima da certe esigenze più radicali, riuscite a tradursi in norme costituzionali, ma in norme semplicemente direttive e programmatiche rivolte cioè in un primo momento ai soli organi legislativi statali»*. Secondo l'autore le norme programmatiche costituiscono una forma di indirizzo politico istituzionalizzato in quanto introdotto nella Carta costituzionale. In base a tale prospettiva di analisi, i programmi indicati dalla Costituzione sarebbero precettivi e vincolanti il circuito parlamento-governo, a sua volta responsabile della formulazione e dell'attuazione dell'indirizzo-politico, sia che lo si voglia intendere come funzione a sé stante, che come attività interna alla funzione esecutiva.

Le norme programmatiche indicano, dunque, una direttiva di sviluppo dell'ordinamento e pongono un'esigenza di ulteriore attuazione o quanto meno di non contraddizione con la normazione successiva.

Da ciò consegue la possibilità d'impugnare di fronte alla Corte costituzionale per vizio di illegittimità costituzionale tutte quelle leggi emanate in violazione di norme programmatiche al fine di ottenerne l'annullamento. Ma se una sanzione è in tal senso prevista in ipotesi di violazione attiva della norma programmatica di principio, di contro, nessuna sanzione è possibile comminare alle violazioni prodotte da omissioni legislative, ovvero, rispetto all'eventuale inerzia del legislatore a dare attuazione alle disposizioni di programma. Tanto più che, non fissando la Costituzione un termine preciso entro cui il legislatore è tenuto a tradurre in legge i precetti costituzionali, sarebbe comunque impossibile stabilire da quale momento in poi si configuri la violazione della norma.

Allora, se sotto un profilo di analisi generale partiamo dalla premessa che la validità della Costituzione e delle sue singole norme sia affidata alla capacità delle forze politiche attive in un determinato momento storico, di organizzare e

norme particolari regolanti immediatamente rapporti e situazioni specifiche della vita reale. Esse stanno alle norme particolari come ciò che è anteriore e poziore a ciò che è posteriore e conseguente».

disciplinare la vita politica del paese, e poi consideriamo che le norme programmatiche rappresentano il raggiungimento di punti di equilibrio tra posizioni e ideologie sostenute dai singoli schieramenti politici, possiamo affermare che la loro validità ed effettiva attuazione sia strettamente dipendente dal prevalere di quei gruppi che sono interessati alla loro integrale messa in opera all'interno dell'ordinamento⁴¹⁶.

Alcuni autori hanno rilevato come l'aspetto più rivoluzionario del principio di eguaglianza sostanziale debba essere rinvenuto proprio nel progetto di trasformazione sociale a cui prima si faceva riferimento. L'analisi delle finalità insite in tale programma sono rinvenibili *in primis* nella rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Con tale espressione la Costituzione impone allo stato di garantire il pieno ed effettivo godimento dei diritti civili e politici, ad esso si affiancano: il pieno sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, altre due finalità di straordinario rilievo considerate essere dalla dottrina prevalente principi valvola⁴¹⁷, ovvero, strumenti di osmosi e di adeguamento tra ordinamento e realtà sociale⁴¹⁸.

Mentre una parte della dottrina ha visto nel concetto di effettiva partecipazione il raggiungimento di un punto di compromesso tra personalismo cattolico e marxismo, un'altra parte vi ha letto una prevalenza dell'impostazione cattolica. In tal senso il secondo comma dell'articolo tre dovrebbe essere letto congiuntamente all'articolo due ai fini dell'enunciazione del principio del pluralismo sociale.

Per partecipazione deve intendersi quel fenomeno che *indica e realizza il prendere parte ad un processo di decisione, di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere e che ordina stabilmente per questo scopo*⁴¹⁹. Il termine organizzazione viene, invece, fatto coincidere con quello di Repubblica intesa come Stato-comunità,

⁴¹⁶ V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche nella Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p.69.

⁴¹⁷ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p.77.

⁴¹⁸ B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, p.44.

⁴¹⁹ A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma - Bologna, 1981 e CARAVITA, *op. ult. cit.* p.96.

comprensivo cioè dell'apparato autoritativo e della società civile⁴²⁰. Per quanto attiene l'ambito di applicazione soggettivo della norma, nonostante l'enunciato si riferisca chiaramente ai lavoratori, la dottrina non è completamente concorde su quali categorie di lavoratori debbano essere presi in considerazione. Romagnoli parla in generale di classi sottoprotette a cui la Repubblica deve accordare delle tutele. A differenza di altri autori,⁴²¹ egli sostiene che è *in primis* la classe operaia a rappresentare il prototipo non solo storico ma anche di diritto costituzionale delle categorie sociali a cui l'articolo 3 comma 2 fa riferimento. Ad essi vanno poi a sommarsi tutti quei lavoratori autonomi e quei piccoli imprenditori che vertono in una condizione di soggezione economica generata dalla struttura economico-giuridica dell'azienda che gestiscono.⁴²²

Di qui l'idea per cui esiste un vero e proprio modello di organizzazione socio-economica che la Costituzione apertamente rifiuta: quello della democrazia formale e della separazione della sfera della società civile da quella dello stato. Se nel sistema liberale la validità delle regole democratiche vigeva per pochi soggetti che con altre procedure decidevano circa l'appropriazione, la distribuzione e la produzione, nelle così dette democrazie sociali, l'allargamento delle basi sociali dello stato e quindi l'estensione del numero dei soggetti che delle regole democratiche si servono, porta con sé, oltre ad una razionalizzazione delle forme di governo, anche una intromissione delle decisioni prese sulla base di quelle regole nella sfera della distribuzione: è lo Stato sociale con la previsione costituzionalmente garantita dei diritti sociali che vanno ad incidere nella sfera di distribuzione della ricchezza.

Secondo la dottrina prevalente, il concetto di partecipazione non sarebbe così riducibile né alla sola integrale attuazione degli istituti di partecipazione politica previsti in Costituzione, né alla sola partecipazione alla distribuzione della ricchezza sociale. Non sarebbe nemmeno condivisibile la tesi di chi, riesumando teorie risalenti, fa riferimento alla partecipazione dei lavoratori alla

⁴²⁰ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana. Note preliminari*, in Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando I., Padova 1957 e CARAVITA, *op. ult. cit.* p.99.

⁴²¹ Mentre per Esposito la norma si riferirebbe a tutti i cittadini attivi, ovvero, a tutti coloro i quali svolgono un'attività utile per il paese, per Mortati, invece, destinatari dell'articolo 3 comma 2 debbono essere considerati esclusivamente i lavoratori salariati.

⁴²² ROMAGNOLI, *op. ult. cit.* p 167. e C. LAVAGNA, *Studi econ. -giur.*, Università di Cagliari, 1953, p.44-45.

determinazione dei contenuti dell'indirizzo politico. Se è vero che nel 3.2 un richiamo a tale istanza è presente, essa viene esplicitamente enunciata nella proclamazione della sovranità popolare. La previsione dell'effettiva partecipazione, in continuità con l'estensione dell'eguaglianza e della sua trasformazione in eguaglianza sostanziale, deve essere quindi intesa come evoluzione verso forme di democrazia sostanziale.⁴²³

Pur se in parte riconducibile al pieno godimento di tutti i diritti di libertà previsti in Costituzione, il concetto di pieno sviluppo della persona umana è qualcosa che travalica il campo del giuridicamente definibile, per attestarsi nella sfera delle scelte personali, psicologiche, religiose, politiche, delle scelte circa la propria vita e il rapporto con quella degli altri. Si tratta di una clausola generale o principio-valvola⁴²⁴, attraverso cui la Costituzione richiama, rimette in circolo e chiede di utilizzare, i dati della singola esperienza umana: è una clausola il cui svolgimento spetta ad ognuno sulla base della sua irripetibile esperienza⁴²⁵. A differenza di altre clausole contenute in Costituzione, questo concetto non viene ancorato a dati scientifici, economici o consuetudinari, ma a dati umani. Si tratta di un fattore dinamico in continuo mutamento di natura sociale, in quanto la personalità *si svolge* nelle formazioni sociali e non può configurarsi senza la garanzia del pieno godimento dei diritti inviolabili.

Lo sviluppo delle personalità è quindi una finalità da raggiungere e da costruire, non un dato preformato per induzione o deduzione tra le righe delle norme costituzionali. Per pieno sviluppo deve quindi intendersi il processo di integrale espansione delle capacità di ogni uomo allo scopo di permettere il ricongiungimento dell'uomo a sé stesso.⁴²⁶

Al fine di esaminare in modo più puntuale il contenuto del secondo comma

⁴²³ CARAVITA, *cit.*, p.105. La democrazia sostanziale «Mira a colmare la separazione tra le regole che nello stato del capitalismo essa può porre e quelle connesse all'appropriazione, alla produzione ed alla distribuzione. Condizione ed obiettivo della sua realizzazione è l'identificazione nello stesso soggetto di chi decide come ci si appropria, come si produce e come si distribuisce, con chi si è appropriato, produce, distribuisce. Assicura a chi produce il potere di deliberare che cosa si deve produrre e come, eliminando ogni differenza tra produzione di merci e produzione di altri beni, quanto va prodotto, qual è il rapporto tra produzione di beni da distribuire e produzione di strumenti necessari per lo sviluppo futuro della società». G. FERRARA, *Dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale*, F. LENTINI, (a cura di) II, Palermo, 1983, p.385 ss.

⁴²⁴ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

⁴²⁵ CARAVITA, *cit.*, p.121.

⁴²⁶ CARAVITA, *cit.*, p.125.

dell'articolo 3, è ancora una volta dal concetto di “progetto di trasformazione sociale” in esso insito che sarà opportuno iniziare a ragionare. E' da qui che hanno, infatti, preso le mosse le autorevoli tesi sviluppate da Umberto Romagnoli e Livio Paladin. L'interpretazione del principio di eguaglianza sostanziale formulata da Romagnoli, parte dall'assunto secondo cui esistono due modelli di società: quello attuale, da rifiutare e modificare, ed uno differente che dovrà essere istaurato in futuro sulla base del progetto e delle finalità indicate nel secondo comma dell'articolo 3. Fu in particolare Lelio Basso, uno dei principali autori del secondo comma, ad affermare che, oltre a costituire un comando per il legislatore futuro, il principio di eguaglianza sostanziale reca in sé una forte carica politica facendosi portatore del principio di contrapposizione antagonistica tra il concetto di democrazia formale e quello di democrazia sostanziale. Romagnoli accusa le forze politiche al potere di avere parzialmente tradito la Costituzione. Non riconoscendo al principio di eguaglianza sostanziale quel ruolo di supernorma attribuitole dai costituenti, esse hanno finito per mortificare -quando al contrario avrebbero dovuto valorizzare- quella funzione di rottura dello *status quo* che in origine le era stata affidata. Dominati da spinte corporative, gli interventi posti in essere dai pubblici poteri ebbero, infatti, natura parziale, settoriale e micro sezionale, riprodussero ad un livello semplicemente più alto, quegli ostacoli limitativi della libertà e dell'eguaglianza indicati nel secondo comma dell'articolo 3. Una reale emancipazione delle classi subalterne sulla base di una revisione dei rapporti di produzione e di distribuzione della ricchezza, risultava in quella fase incompatibile con il bisogno di stabilità e sicurezza richiesto al settore pubblico dai detentori del potere economico e politico⁴²⁷.

Ma Romagnoli non si limita all'analisi dell'attuale, e sulla base della giurisprudenza costituzionale in materia, passa a chiedersi quale criterio debba essere preso in considerazione allo scopo di stabilire gli obiettivi prioritari da conseguire per dare attuazione alla norma programmatica in parola. La Corte ha per lungo tempo preferito utilizzare il primo comma dell'articolo 3 al posto del secondo per evitare di mettere in discussione gli equilibri di potere costituiti.

Per raggiungere l'obiettivo di limitare l'azione riformatrice ai soli ambiti condivisi

⁴²⁷ U. ROMAGNOLI, *Articolo 3*, Commentario alla Costituzione, G. BRANCA, (a cura di) Bologna, Roma, 1975, p 167.

dalle forze dominanti, la Corte costituzionale, non ha proceduto in modo casuale, al contrario si è regolarmente avvalsa di due precise tecniche argomentative. La prima consiste nella rimessione alla discrezionalità del legislatore ordinario di ogni giudizio in ordine all'applicabilità del dettato costituzionale. L'altra tecnica è stata quella che ha condotto il giudice di costituzionalità ad escludere la possibilità di prendere in considerazione tutte le istanze esterne al processo di formazione delle scelte legislative così da mantenere invariati i metodi di gestione del potere politico.

Secondo l'autore il criterio ordinante da adottare per arrivare alla trasformazione sociale prefigurata dall'articolo 3.2 Cost. è dato dalla capacità di creare spazi di libertà positiva⁴²⁸, ovvero, dalla *possibilità di possedere i mezzi per fare alcunché*. Da questo angolo visuale il principio di eguaglianza sostanziale viene chiamato a svolgere la funzione di cerniera tra i diritti di libertà ed i diritti di partecipazione assicurando l'esercizio dei diritti sociali.

Secondo Livio Paladin, invece, la peculiarità del secondo comma dell'articolo tre deve essere rinvenuta nel fatto che le finalità in esso indicate non possano essere perseguite attraverso una semplice riforma o un'innovazione dell'ordinamento giuridico, poiché richiedono una vera e propria trasformazione materiale della realtà. Il dato di similitudine rilevabile rispetto agli altri principi programmatici è costituito dal valore normativo dell'eguaglianza sostanziale. La norma in questione svolge, infatti, una funzione interpretativa nei confronti della Costituzione e delle leggi che prevedono un'attività discrezionale dei pubblici poteri in ambito di rapporti economico-sociali⁴²⁹. Essa risulta, inoltre, preclusiva di normazioni che si pongono in contrasto con l'obiettivo dell'eguaglianza di fatto e al contempo rappresenta il titolo giustificativo delle norme e degli atti indispensabili all'attuazione del programma in esso contenuto, anche quando si tratti di misure altrimenti incostituzionali.

Per quanto attiene, invece, i rapporti tra il primo ed il secondo comma

⁴²⁸ «Non è revocabile in dubbio che la libertà in senso negativo di partecipazione alla vita politica e sociale sia protetta in altri luoghi della carta costituzionale, e precisamente nelle norme che predispongono i canali istituzionali propri della democrazia rappresentativa (dal diritto elettorale al diritto di associazione ai partiti e ai sindacati). Qui si tratta di realizzare una partecipazione effettiva per un superamento della crisi della democrazia formale caratterizzata dal divorzio tra titolarità del diritto politico ed il suo esercizio». ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 178.

⁴²⁹ Esempi sono dati dai concetti di utilità sociale (art. 41.2 Cost.), fini sociali (art. 41.3 Cost.).

dell'articolo 3, parte della dottrina si è interrogata sulla legittimità di eventuali atti o norme che, per conseguire le finalità sancite nell'articolo 3.2, diano vita a limitazioni di diritti non espressamente previste dalla Costituzione o poste in deroga al principio di eguaglianza formale⁴³⁰.

Mentre incerta appare la posizione di Paladin circa la legittimità di eventuali interventi limitativi dell'iniziativa privata, più chiara è la lettura che l'autore offre dei rapporti tra i due commi. Posto che il principio di eguaglianza debba essere inteso come generalità di applicazione della norma, avendo come destinatari i lavoratori e puntando al raggiungimento di obiettivi chiaramente determinati, quali la giustizia sociale (e non generica giustizia nella legislazione), il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione, il principio di eguaglianza sostanziale si differenzia nettamente dal principio di eguaglianza formale che, rivolto ai cittadini, non incontrando limiti di oggetto e di materia, opera in tutti i settori dell'ordinamento.

Da qui l'idea per cui sia sbagliato leggere nel contenuto del 3,2 la premessa ad una trasformazione radicale del concetto di eguaglianza giuridica in quello di giustizia distributiva. Il principio di eguaglianza sostanziale andrebbe quindi ad affiancare quello di eguaglianza formale conducendo ad una riforma della società civile⁴³¹ ed alla creazione di uno stato sociale di diritto in cui nell'art 3.2 Cost. trovano fondamento leggi speciali o d'eccezione deliberate in deroga al primo comma.⁴³²

A questa visione si contrappone quella di chi, invece, sostiene l'inesistenza del problema delle deroghe e vede il principio di eguaglianza sostanziale come una forma di arricchimento dell'eguaglianza formale.⁴³³

Secondo Mortati «*Contrasto tra i due commi non dovrebbe prospettarsi perché il secondo lungi dal contraddire il primo, ne precisa la portata indirizzando il legislatore ad indagare quali siano le situazioni di fatto che abbisognano di una regolamentazione speciale atta a modificarle nel senso di mettere coloro che ne*

⁴³⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol.II, Padova, 1976, p.1032 ss.

⁴³¹ L. PALADIN, *Voce "Eguaglianza"*, in Enc. Dir. Giuffrè, Vol.XIV, Milano, 1965, p.546 ss.

⁴³² Paladin interpretava il principio di eguaglianza formale come divieto di leggi personali e di leggi speciali prive di fondamento giustificativo.

⁴³³ CARAVITA, *cit.*, p.44.

*sono partecipi nella condizione di divenire cittadini optimo iure*⁴³⁴». Anche Cerri si pone nella stessa prospettiva visuale e, dopo avere sottolineato il carattere solo apparente della deroga che l'eguaglianza sostanziale reca a quella formale, fa dipendere l'esigenza di diversità di trattamento dagli squilibri economici e sociali esistenti. «*L'intervento legislativo a favore dei ceti meno influenti regola diversamente fattispecie diverse. Più corretto sarebbe dire che l'eguaglianza sostanziale si aggiunge a quella formale riempiendola di contenuti più ricchi, ma non deroga ai suoi schemi*⁴³⁵».

Un altro punto cruciale su cui la dottrina si è a lungo fronteggiata sostenendo posizioni divergenti, riguarda il ruolo che la Corte costituzionale ha giocato ai fini dell'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale e delle finalità insite nel concetto di stato sociale. Più correttamente l'interrogativo da porsi è, quanto abbia pesato l'attività pretoria della suprema corte nell'azione volta allo smantellamento di tutta quella parte di legislazione che ha contribuito, ed in parte ancora contribuisce, a creare disuguaglianze di fatto. E poi è davvero affidandosi al giudice delle leggi che si traducono in realtà gli obiettivi del welfare state?

L'impiego giurisprudenziale del principio di eguaglianza sostanziale da parte della Corte costituzionale è stato sporadico. La norma in questione viene solitamente in rilievo nei casi in cui il giudice delle leggi sia chiamato a censurare la violazione di un altro parametro costituzionale il più delle volte costituito da disposizioni in materia di diritti sociali. A questo proposito efficace è stato l'attributo scelto da Romagnoli per descrivere l'uso che la Corte ha fatto del secondo comma dell'articolo tre: un uso 'furtivo', che le è valso l'onere di doversi accollare gran parte delle responsabilità per la mancata realizzazione di quel progetto di trasformazione sociale che dalla disposizione avrebbe dovuto prendere le mosse⁴³⁶. Dopo avere constatato l'incapacità mostrata dalle classi politiche al potere, di avviare un reale processo di cambiamento in grado di condurre verso

⁴³⁴ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. II, Padova, 1976, p.1033.

⁴³⁵ A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza...*, p. 37.

⁴³⁶ Esempi di sentenze in cui la Corte costituzionale associa la violazione dell'articolo 3.2 Cost. ad altri parametri costituzionali, sono dati dalla sentenza n. 215/1987 in materia di frequenza scolastica di studenti disabili, in cui si menzionano anche gli articoli 2, 30, 31, 32, 34, e 38 Cost. Su questo filone vedi sentenze della Corte costituzionale n. 167/1999, 104/2003, 233/2005. Nella sentenza n. 217/1988 con riguardo al diritto di abitazione, all'articolo 3,2 Cost. vengono associati gli articoli 47 e 2 Cost.

forme di democrazia sostanziale, l'autore, trasferisce tutte le sue speranze di rinnovamento nell'attività della Corte costituzionale. Essa viene considerata quale supremo organo di garanzia, voce fuori dal coro-istituzionale, dotata degli strumenti giuridici (sentenze di accoglimento) più qualificati alla messa in discussione di tutta quella parte di legislazione espressiva del modello di società rifiutato dal secondo comma dell'articolo 3.

A distanza di oltre trent'anni dallo storico commento del Romagnoli, le cose non sono cambiate di molto. La Corte, continuando a fare un uso abbastanza cauto del principio di eguaglianza sostanziale, non si è fatta promotrice di quella "rivoluzione promessa" attraverso cui le classi sottoprotette avrebbero dovuto ottenere un'effettiva emancipazione politica-economica e sociale.

A questo proposito risulta significativa l'analisi con cui, nel suo saggio sul principio di eguaglianza sostanziale, Caravita ha indagato le ragioni che stanno alla base del difficile approccio sviluppato dalla Corte nei confronti dell'articolo 3.2.

Una prima spiegazione potrebbe essere ricondotta alla scarsa propensione mostrata dalla Corte nei confronti della ricezione e della tutela di interessi collettivi, essendo connaturata con le sue funzioni una maggiore capacità di operare per garantire interessi individuali.

Una seconda motivazione, fa capo agli argomenti con cui Romagnoli mette in luce come la Corte, per accedere all'interno delle strutture giuridiche costruite dall'esperienza storica liberale, abbia preferito servirsi del primo comma dell'articolo tre perché figlio della stessa esperienza liberale e democratica e quindi tale da non suscitare a priori un eccessivo allarmismo. Una terza spiegazione formulata da Paladin si fonda, invece, su ragioni di natura culturale. L'incapacità mostrata da gran parte delle forze di maggioranza e di opposizione, nel tracciare un disegno organico di sviluppo della società italiana volto alla definizione di razionali e concreti modelli di partecipazione, ha reso troppo accidentato il terreno su cui la Corte avrebbe dovuto avventurarsi, impedendole di operare proficuamente ai fini dell'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale.

Da tale quadro Caravita tira fuori un grave paradosso: *«E' l'avvento dello stato sociale a fare perdere alla legge i requisiti di generalità ed astrattezza costringendo il legislatore a intervenire per gruppi, categorie etc. ed è proprio questa situazione a spingere la Corte a modellare il suo sindacato ex art. 3 secondo il noto modulo dell'eguale trattamento a situazioni eguali e del razionalmente diverso trattamento a situazioni diverse. D'altra parte, l'art.3 comma 2, pur costituendo per una sua parte il fondamento dello stato sociale, viene espulso almeno ufficialmente proprio da quel giudizio che dello stato sociale è figlio. E mentre -e qui sta l'aporia e il paradosso- una lettura non preconcepita dell'articolo tre comma due, non può non vedervi il processo verso un modello sociale di nuova attuazione, il sindacato di ragionevolezza altro non è che la valutazione della congruenza, pertinenza, adeguatezza dell'intervento legislativo alla luce del sistema esistente (e in Costituzione rifiutato)».*

Pur se corretto nella analisi che compie e nelle conseguenze a cui perviene, il ragionamento del Caravita non è condivisibile nelle sue premesse, nel senso che è eccessiva la responsabilità affidata alla Corte costituzionale ai fini della realizzazione del progetto di società delineato ex articolo 3.2.Cost. A confortare questo rilievo è l'autorevole osservazione del Cerri secondo il quale *«mai in nessun paese una rivoluzione è stata consumata nelle aule di giustizia».* Il riferimento è all'idea che il compito dei giudici sia quello di attuare la legge con equilibrio e imparzialità eventualmente mediando nei conflitti sociali per contenerli in forme pacifiche, ma non è attraverso la giurisprudenza che è possibile pervenire ad un cambiamento radicale di un sistema politico. Secondo Cerri un sistema può essere trasformato solo attraverso l'azione della burocrazia e degli altri organi pubblici, ovvero, attraverso misure bilanciate e coordinate tra potere legislativo e amministrativo. Le pronunce demolitorie, in quanto spesso prive della necessaria copertura amministrativa e finanziaria, risultano poco se non per nulla efficaci.

Dunque, se corretto è rinvenire nell'articolo 3.2 Cost. un fattore di orientamento nelle decisioni della Corte, non è, invece, realistico pensare che gli obiettivi egualitari preconizzati nella norma in questione possano essere conseguiti solo per via pretoria.

Nella società prefigurata dall'articolo 3 comma 2, spetta dunque alle forze politiche insieme agli organi legislativi ed amministrativi, il compito di indicare la rotta verso il cambiamento degli assetti socio-economici. In tale percorso la giurisprudenza costituzionale, è quindi chiamata a svolgere un ruolo meramente secondario.⁴³⁷

Nella medesima prospettiva visuale si pone l'accreditata tesi di Ernst Forsthoff.⁴³⁸ Dopo avere chiarito la natura del rapporto che intercorre tra stato di diritto e stato sociale, l'autore tedesco giunge all'individuazione delle modalità attraverso cui è possibile conseguire gli obiettivi di cui quest'ultima forma di stato si fa portatrice attraverso il suo bagaglio programmatico.

Nelle moderne costituzioni post belliche, il riconoscimento dello stato sociale non ha un significato istituzionale, in quanto la forma strutturale della costituzione viene determinata dal concetto di stato di diritto. Stato sociale e stato di diritto non possono fondersi sul piano costituzionale. Il campo di espansione dello stato sociale è dunque dato dalla legislazione e dall'amministrazione.

Con il passare degli anni il mondo occidentale è riuscito a salvaguardare lo stato di diritto di fronte ai radicali cambiamenti che hanno connotato la realtà ambientale su cui esso era stato edificato. Ciò è avvenuto attraverso un processo di tecnicizzazione delle istituzioni: in particolare la separazione dei poteri è divenuta un mezzo tecnico per l'organizzazione del potere dello stato e per la sua delimitazione in difesa delle libertà individuali. Ma in nessuna epoca lo stato è solo un fatto tecnico ed anche il suo ordinamento non si può esaurire nel tecnicismo della costituzione di uno stato di diritto. Dunque, se per un verso lo stato sociale integra la costituzione dello stato di diritto con contenuti materiali, a sua volta quest'ultima si pone al servizio dello stato sociale rendendone possibile lo sviluppo attraverso specifici mezzi giuridici. *«Si tratta di mezzi che sono espressione del potere fiscale dello stato. Il moderno stato di diritto è stato sociale essenzialmente nella sua funzione di stato fiscale. Il potere illimitato dello stato, di sfruttare fonti di imposte, lo pone in grado di realizzare una parte*

⁴³⁷ A. CERRI, *Eguaglianza giuridica...*, p.142 ss.

⁴³⁸ E. FORSTHOFF, *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p.60 ss.

considerevole dei suoi compiti sociali in modo da correggere il sistema della distribuzione dei beni con il prelevamento e conferimento di fondi liquidi». Tra stato sociale e stato di diritto esiste quindi un rapporto di integrazione-tensione tale per cui lo stato di diritto deve adempiere alla sua funzione sociale senza però permettere che lo stato sociale si radicalizzi degenerando in una forma di stato amministrativo.

2.4. I DIRITTI INVIOLABILI ED I DIRITTI SOCIALI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

*La Carta costituzionale pone lo sviluppo della singola persona a fondamento dell'organizzazione sociale*⁴³⁹. Tale massima della Corte costituzionale fornisce la misura del rilievo che il principio personalista contenuto nell'articolo 2 Cost., ha assunto ai fini dell'edificazione dell'ordinamento italiano, avendo, la sua introduzione nella Carta costituzionale, segnato un importante cambiamento di prospettiva sul fronte dei rapporti autorità- libertà.

Riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili dell'uomo, la Costituzione Repubblicana abbandona il retaggio giuridico- culturale del periodo fascista e liberale che concepiva i diritti, quale forma di difesa della sfera individuale da ingerenze del potere esecutivo, sulla base del postulato della preesistenza o dell'antiorità logica dello stato-legislatore rispetto ai diritti fondamentali del cittadino⁴⁴⁰. L'idea che ad essere inviolabili fossero le supreme istituzioni costituzionali e il monarca, cede il passo al concetto d'invio labilità dei diritti dell'uomo sviluppato dalla tradizione anglo-americana che li considera valori anteriori o superiori rispetto ad ogni potere pubblico.

All'accoglimento di tale accezione, l'Assemblea Costituente, pervenne dopo un acceso dibattito che ebbe come protagonisti tre grandi schieramenti: il cattolico, deciso sostenitore del pluralismo sociale, il socialista-comunista a favore dei

⁴³⁹ Punto 6, motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n.167 del 1999.

⁴⁴⁰ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili,"* in Enciclopedia Giuridica Vol. XI, Treccani 1989, p.16. Vedi anche A. BARBERA, *Articolo 2,* in Commentario della Costituzione, G. BRANCA, (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975, p. 105 e 109 e S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione,* Padova, 2008, p.14.

diritti individuali e sociali connessi al principio della sovranità popolare, nonché il laico che difendeva l'idea giusnaturalistica della primarietà dell'individuo in quanto tale.

Il minimo comune denominatore dal quale prese avvio il confronto tra le diverse componenti, fu l'Ordine del giorno Dossetti. Esponente della sinistra cattolica, Dossetti propose all'Assemblea di ragionare su tre principi cardine: l'antioriorità della persona rispetto allo stato, il rango parimenti primario dei valori della dignità umana e di socialità-solidarietà, l'antioriorità dei diritti della persona e delle comunità sociali rispetto allo stato⁴⁴¹.

A tale riflessione si aggiunse un altro testo, formulato dal democristiano, La Pira e dal socialista Basso, che se per molti versi riecheggia l'o. d. g. Dossetti, da esso si distingue per una più marcata presa di distanza dalla teoria del diritto naturale⁴⁴². Nella versione definitiva confluita nell'articolo 6 del Progetto, si afferma l'esistenza di un nucleo di diritti supremi, superiori alla legge, immodificabili ed ineliminabili neppure dal potere di revisione costituzionale, secondo quella che nelle sedute precedenti era stata la configurazione proposta da Piero Calamandrei del Partito d'Azione. Non viene, invece, accolta l'idea del giurista fiorentino di porre i diritti sociali in un preambolo alla Costituzione, né quella di attribuirgli un valore meramente programmatico e d'indirizzo⁴⁴³. La disposizione sui diritti inviolabili non a caso confluirà, invece, all'articolo 2, ovvero, subito dopo l'enunciazione del principio democratico e immediatamente prima del principio di eguaglianza, proprio a volere denotare come i diritti inviolabili costituiscano il presupposto di una democrazia connotata in modo

⁴⁴¹ Intervento On. Giuseppe Dossetti in Atti Assemblea Costituente, Seduta I Sottocommissione, 9 settembre 1946, p. 21.

⁴⁴² «La presente Costituzione al fine di assicurare l'autonomia e la dignità della persona umana e di promuovere ad un tempo la necessaria solidarietà sociale, economica e spirituale, in cui le persone debbono completarsi a vicenda, riconosce e garantisce i diritti inalienabili e sacri dell'uomo, sia come singolo sia come appartenente alle forme sociali, nelle quali esso organicamente e progressivamente si integra e si perfeziona». Intervento dell'On. Umberto Tupini in Atti Assemblea Costituente, Resoconto I Sottocommissione, seduta 11 settembre 1946, p. 31.

⁴⁴³ «L'Assemblea Costituente, mentre ritiene opportuno che nella nuova Costituzione italiana gli articoli che riconoscono veri e propri diritti o che disciplinano organi e poteri siano preceduti da un preambolo preliminare nel quale possano essere riassunti in forma di propositi programmatici le direttive sociali e politiche alle quali dovrà ispirarsi la futura legislazione della Repubblica italiana, rimanda alla discussione degli articoli lo stabilire caso per caso quali di essi debbano essere trasferiti in una parte preliminare». Intervento On. Piero Calamandrei, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta I Sottocommissione, 4 marzo 1947, p.1743 ss.

incontrovertibile dal carattere pluralista⁴⁴⁴. A tale risultato fu possibile pervenire grazie alla rinuncia dei cattolici a definire i diritti inviolabili come naturali, nonché, a quella delle sinistre ad una democrazia fondata sull'onnipotenza del parlamento.

Il concetto d'invioleabilità confluito in Costituzione deriva dalla tradizione dei "diritti dell'uomo e del cittadino" che presupponeva l'impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminare, modificare o comunque di comprimere sostanzialmente il contenuto delle disposizioni in materia di diritti.

Come accennato, l'invioleabilità, prima di transitare sulla sfera dei diritti, costituiva una tipica connotazione del monarca, inteso come organo supremo dello stato che doveva in quanto tale, essere sottratto a qualsiasi valutazione politica o atto, suscettibile di mettere in discussione la sua posizione costituzionale.

I diritti inviolabili hanno attualmente assunto il significato di valori primari intangibili nel loro nucleo assiologico sia da parte di qualsiasi soggetto privato, che di qualsiasi potere costituito anche di revisione costituzionale.

Essi rappresentano i valori fondanti di una democrazia pluralistica in cui i poteri decisori delle maggioranze risultano limitati *in primis* dal rispetto dei diritti e delle libertà dei singoli e dei gruppi sociali⁴⁴⁵. Accanto ai diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dalla Repubblica,⁴⁴⁶ l'articolo 2 Cost., richiedendo di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale, sancisce un altro principio cardine del nostro ordinamento, il principio solidarista⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ «In questo modo noi poniamo un coerente svolgimento democratico; poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità, ponendo a base del suo ordinamento il rispetto dell'uomo guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l'uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato. La libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi. Lo Stato veramente democratico riconosce e garantisce non soltanto i diritti dell'uomo isolato, che sarebbe in realtà una astrazione, ma i diritti dell'uomo associato secondo una libera vocazione sociale». Intervento On. Aldo Moro, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta I Sottocommissione, 24 marzo 1947, p. 2416.

⁴⁴⁵ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti inviolabili,"* in Enciclopedia Giuridica Vol. XI, Treccani 1989, p.10, 27, 29. Tutti i diritti sono, inoltre, connotati dai caratteri dell'assolutezza, indisponibilità, originarietà, imprescrittibilità, irrinunciabilità, inalienabilità ed in trasmissibilità.

⁴⁴⁶ Intesa nel senso di ordinamento giuridico formato da enti pubblici e territoriali nell'ottica delineata dall'articolo 114 Cost. per come modificato a seguito della riforma del Titolo V nel 2001.

⁴⁴⁷ «Effettivamente c'è stata una confluenza di due grandi correnti: da parte nostra un solidarismo - scusate il termine barbaro-umano e sociale; dall'altra parte un solidarismo di ispirazione ideologica

Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo uti socius, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente⁴⁴⁸. Se a tale visione si lega quella precedentemente analizzata che vede nel secondo comma dell'articolo tre, uno strumento idoneo al raggiungimento di obiettivi di eguaglianza sostanziale, si comprende come il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali in Costituzione, siano stati strumentali all'attuazione di tali principi o come è stato sostenuto, a realizzare una sintesi dei concetti di libertà ed eguaglianza.

Attraverso la rimozione degli ostacoli economici e sociali che incidono sulle condizioni di libertà ed eguaglianza, lo stato mira a tutelare il pieno sviluppo della personalità individuale (principio personalista) e la piena partecipazione dei lavoratori all'articolazione della collettività e del corpo sociale sul piano politico, economico e sociale. Tale impostazione presuppone una chiara insufficienza o inadeguatezza del mercato a consentire il rapporto di ciascun individuo con l'oggetto di volta in volta tutelato. L'insufficienza incorpora la necessità di intervenire sulle risorse in modo che i più svantaggiati non finiscano con l'essere esclusi dalla fruizione del bene, nella misura in cui non sarebbero posti in grado di soddisfare la relazione con quell'oggetto attraverso la mera eguale libertà di accedere al mercato per procurarselo.

L'inadeguatezza incorpora un'ulteriore valutazione che fa riferimento alla qualità della relazione soggettiva con il bene, ai fini e nella direzione specifica della partecipazione (integrazione) sociale⁴⁴⁹.

e di origine diversa, il quale però arrivava, nella impostazione e soluzione concreta di differenti aspetti del problema costituzionale, a risultati analoghi a quelli a cui arrivavamo noi. Questo è il caso dell'affermazione dei diritti del lavoro, dei cosiddetti diritti sociali; è il caso della nuova concezione del mondo economico, non individualistica né atomistica, ma fondata sul principio della solidarietà e del prevalere delle forze del lavoro; è il caso della nuova concezione e dei limiti del diritto di proprietà. Né poteva fare ostacolo a questo confluire di due correnti, le quali partono da punti ideologicamente non eguali, la concezione, pure affermata dall'onorevole La Pira, della dignità della persona umana come fondamento dei diritti dell'uomo e del cittadino». Intervento On. P. Togliatti, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta 11 marzo 1947, p. 1996.

⁴⁴⁸ Punto 2, motivazione in diritto. sentenza della Corte costituzionale. n. 75/1992.

⁴⁴⁹ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, p. 125.

La concezione di uomo accolta dai Padri costituenti fu il frutto dell'accordo tra sinistre e Democrazia Cristiana che s'incontrarono a metà strada al fine di coniugare il principio della dignità umana con la libertà positiva e con le condizioni sociali di una democrazia pluralistica. In tal modo il principio della dignità umana viene letto nel senso che ogni uomo, in qualunque posizione sociale si trovi inizialmente, deve essere messo nelle condizioni di avere pari opportunità di autorealizzazione e quindi pari *chances* di godere effettivamente delle libertà costituzionalmente garantite⁴⁵⁰.

I Padri Costituenti vollero, che i diritti sociali sanciti nella Costituzione repubblicana non avessero come punto di partenza lo stato, bensì i luoghi ed i legami sociali- come la famiglia, la scuola, il lavoro, l'ambiente di vita personale e collettiva- nei quali e loro tramite, il singolo individuo si fa persona e si esprime come persona. I diritti sociali sono anteposti allo stato e ne veicolano le funzioni⁴⁵¹.

Non a caso un acceso dibattito, segnò la discussione in merito ai diritti sociali soprattutto per quanto concerneva la loro collocazione nella Carta. A suscitare polemiche fu innanzitutto l'ordine del giorno con cui Calamandrei, rinvenendo nei diritti sociali delle enunciazioni programmatiche e non delle norme giuridiche, proponeva di inserirli in un preambolo alla Costituzione⁴⁵².

Nettamente divergente era, invece, la posizione di Togliatti che non solo riconosceva ai diritti sociali natura normativa, quanto li poneva alla base di quel

⁴⁵⁰ A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti sociali"*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol.XI, 1989, p. 11.

⁴⁵¹ «L'assetto giuridico non può essere né individualista, né statalista; è un assetto giuridico [...] un assetto giuridico pluralista, che ha come conseguenza che la Carta integrale dei diritti dell'uomo non è quella del 1789. Lì vi sono alcuni diritti dell'uomo, ma sono ignorati altri e fondamentali: i diritti sociali, cioè i diritti che sono collegati alla persona umana, non in quanto singolo, ma in quanto membro di queste collettività crescenti che vanno dalla famiglia allo Stato. Una Carta integrale dei diritti dell'uomo non può essere una carta dei diritti individuali, ma accanto ad essi deve porre questi diritti sociali, e quindi i diritti delle comunità e delle collettività di cui gli uomini fanno parte necessariamente per lo sviluppo della loro persona. Ecco, quindi, questa Carta costituzionale che vi appare come nuova, integrale, pluralista dei diritti». Intervento On. Giorgio La Pira, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta 11 marzo 1947, p. 1987.

⁴⁵² «L'Assemblea Costituente, mentre ritiene opportuno che nella nuova Costituzione italiana gli articoli che riconoscono veri e propri diritti o che disciplinano organi e poteri siano preceduti da un preambolo preliminare nel quale possano essere riassunti in forma di propositi programmatici le direttive sociali e politiche alle quali dovrà ispirarsi la futura legislazione della Repubblica italiana, rimanda alla discussione degli articoli lo stabilire caso per caso quali di essi debbano essere trasferiti in una parte preliminare». Ordine del giorno presentato dall'On. Piero Calamandrei, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta 4 marzo 1947, p.1748 ss.

progetto che avrebbe condotto la società italiana a trasformarsi in una democrazia sostanziale.⁴⁵³

A sostegno della normatività dei diritti sociali si schierò anche Mortati, precisando al contempo come non fosse possibile stabilire in modo assoluto quale dovesse essere il rango delle fonti da cui promanavano tali situazioni giuridiche. Il riconoscimento di una determinata posizione delle disposizioni sui diritti nel nostro ordinamento sarebbe, dunque, dipesa da quella che l'insigne giurista definirà come Costituzione materiale⁴⁵⁴.

Nonostante le differenze di contenuto e di significato, la categoria dei diritti sociali presenta alcuni caratteri che permettono di ricondurre tali situazioni giuridiche ad unità. Oltre a costituire dei principi costituzionali che presiedono alla distribuzione o alla redistribuzione di risorse economiche, sociali e politiche tra i cittadini, i diritti sociali condividono lo statuto tipico dei diritti fondamentali. Essi sono, infatti, inalienabili, imprescrittibili, intrasmissibili e godono di un rango primario, che per molti di essi assurge a vera e propria inviolabilità, come il diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, il diritto all'assistenza, il diritto alla previdenza e il diritto della donna alla parità di condizione e di retribuzione nel lavoro. In base a quanto stabilito dalla Corte costituzionale taluni diritti sociali risultano essere immediatamente efficaci sia nei confronti dello stato che rispetto a soggetti terzi⁴⁵⁵. Da qui un assunto consequenziale per cui ogni accordo contrastante con la loro garanzia deve considerarsi nullo e ogni clausola

⁴⁵³ «Noi vogliamo l'inserzione di questi nuovi diritti nella Costituzione per fare un testo che corrisponda alla situazione reale del nostro Paese, situazione di transizione, nella quale tali diritti noi non siamo riusciti ancora a tradurre in atto, ma forse ci saremmo riusciti se la situazione internazionale non fosse stata per noi così grave e dolorosa. [...] Noi teniamo a che venga fatta un'affermazione precisa circa il carattere della Repubblica. Riproporremo qui che la Repubblica italiana venga denominata Repubblica italiana democratica di lavoratori, e con questo non intendiamo dare l'ostracismo a nessuno, non vogliamo escludere nessuno dall'esercizio dei diritti civili e politici, ma vogliamo affermare che la classe dirigente della Repubblica deve essere una nuova classe dirigente, direttamente legata alle classi lavoratrici». Intervento On. P. Togliatti, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta 11 marzo 1947, p. 1996 ss.

⁴⁵⁴ «Sono esclusivamente le valutazioni politiche che le forze politiche fanno in un certo momento, circa la rilevanza di una norma che decidono circa il contenuto legislativo o costituzionale della medesima». Intervento On. C. Mortati, Atti Assemblea Costituente, Resoconto Seduta 23 aprile 1947, p. 3248.

⁴⁵⁵ Vedere la sentenza della Corte costituzionale n. 88/1979 (punto 2 della motivazione in diritto) in cui il diritto alla salute viene configurato quale diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei rapporti tra privati e da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione. Vedere anche sent. n. 184/1986, punto 19 della motivazione in diritto e sent. n. 559/1987, punto 7 motivazione in diritto.

contrattuale difforme, deve ritenersi sostituita *ope legis* dalle norme che assicurano in concreto il diritto stesso.⁴⁵⁶

All'interno di tale macro categoria è possibile individuare due sottoinsiemi di diritti: i diritti sociali primari o essenziali, attribuiti universalisticamente a prescindere dalla necessità di qualificazioni specifiche per il beneficiario-titolare, ed i diritti secondari o derivati basati su un titolo specifico del titolare, derivante da e fondato su, una lettura socialmente determinata dei rapporti privati di produzione.⁴⁵⁷

2.4.1. Emersione e consolidamento di una dimensione comunitaria di tutela dei diritti fondamentali

Nei primi anni di vita delle Comunità europee, gli stati membri non avvertono l'esigenza di formulare un catalogo di diritti, né di essere garantiti a livello comunitario, rispetto ad eventuali violazioni perpetrate attraverso atti comunitari a danno delle situazioni giuridiche sancite nelle proprie costituzioni nazionali. In quegli anni, l'attenzione dei governi è focalizzata sulla ripresa economica del continente europeo e sull'obiettivo di migliorare l'efficienza dei propri meccanismi competitivi, cosicché nei trattati istitutivi nessun riferimento viene fatto alla tutela dei diritti fondamentali.⁴⁵⁸ Le crescenti limitazioni di sovranità a cui gli stati membri verranno sottoposti in ragione della loro appartenenza alle Comunità, condurrà, sulla base del principio del primato e dell'effetto diretto, a che un ingente numero di atti comunitari troveranno immediata applicazione in tutti i paesi, senza che ad essi venga data la possibilità di sottoporli a controlli giurisdizionali o costituzionali. In particolare la Corte costituzionale italiana e quella tedesca attraverso alcune storiche sentenze, apriranno un dibattito a livello europeo sulla necessità di prevedere un vero e proprio sistema comunitario di

⁴⁵⁶ BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, p.32.

⁴⁵⁷ B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001, p. 126.

⁴⁵⁸ Anche la Corte di giustizia tace a riguardo e nella sentenza Stork del 4 febbraio 1959 in causa 1/58 si dichiara incompetente a sindacare il contrasto tra atti comunitari e disposizioni sui diritti fondamentali contenute nelle costituzioni nazionali. In quella fase la Corte si preoccupa innanzitutto di difendere la libertà di azione degli organi comunitari, l'autonomia dell'ordinamento comunitario dagli ordinamenti nazionali e l'applicazione uniforme del diritto comunitario. M. CARTABIA, J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p.217.

tutela dei diritti⁴⁵⁹. Da qui il cambiamento d'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Stauder* del 12 novembre 1969 in causa 29/69, sulla base della quale la Corte di giustizia si proclama competente a garantire i diritti fondamentali in quanto considerati essere parte dei principi generali del diritto comunitario. Un anno dopo con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 in causa 11/70, per la prima volta la Corte di giustizia individuerà come criterio di rilevazione, le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri ed in un secondo tempo, nella sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 in causa 4/1973, farà riferimento ai trattati internazionali in materia di diritti umani a cui gli stati della Comunità hanno aderito⁴⁶⁰. Ma per vedere colmato il vuoto di tutele presente all'interno dei Trattati, bisognerà aspettare il 1992 con l'approvazione del Trattato di Maastricht che all'articolo 6, includerà le libertà fondamentali ed i diritti dell'uomo tra i principi su cui si fonda l'Unione Europea. Successivamente nel 1997 il Trattato di Amsterdam prevederà un meccanismo sanzionatorio attivabile da parte del Consiglio nella composizione dei capi di stato e di governo, qualora uno stato violi in modo persistente uno dei principi sanciti dall'articolo 6 TUE. Con la recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona è diventata vincolante per tutti gli stati membri anche la Carta⁴⁶¹ dei diritti fondamentali della Ue⁴⁶². Adottata nel 2000, la Carta ha positivizzato l'intero

⁴⁵⁹ Vedi paragrafi 1.10, 1.10.1 e 1.10.2 del primo capitolo.

⁴⁶⁰ Il sotteso riferimento è alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo firmata nel 1950 nell'ambito del Consiglio d'Europa.

⁴⁶¹ Introdotta nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, approvato nell'ottobre 2004, la Carta è naufragata insieme al trattato, in seguito al "no" alla ratifica pronunciato in via referendaria da Francia e Olanda. Nel 2007, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, la Carta è stata incorporata in un protocollo facoltativo annesso al Trattato. Paralizzato dal diniego irlandese alla ratifica nel 2008, il processo di ratifica è definitivamente decollato in seguito al "si" pronunciato dallo stesso paese in via referendaria nell'ottobre 2009. Oggi, a seguito della recente entrata in vigore del Trattato di Lisbona (primo dicembre del 2009), la Carta è diventata vincolante per tutti gli stati membri.

⁴⁶² Articolo 6,1 TUE. In base a quanto dichiarato nel Protocollo n. 30 annesso al Trattato di Lisbona, la Polonia e il Regno Unito hanno rifiutato di sottoporre i loro atti normativi, amministrativi e la prassi interna al controllo di conformità con le disposizioni sancite nella Carta di Nizza sia da parte della Corte di giustizia che degli organi giurisdizionali interni (articolo 1 del Protocollo n.30). Inoltre, occorre ricordare come nella Dichiarazione n.61 relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la Polonia ha precisato che «La Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo». Mentre, nella Dichiarazione n.62 sul Protocollo n.30 la Polonia dichiara che «Tenuto conto della tradizione di movimento sociale di "Solidarność" e del suo importante contributo alla lotta per i diritti sociali e del lavoro, rispetta pienamente i diritti sociali e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione Europea e, in particolare, quelli ribaditi nel titolo IV della Carta dei

portato dell'esperienza giurisprudenziale maturata attraverso l'attività della Corte di giustizia. Si deve, tuttavia, precisare come la Carta non vada ad ampliare l'ambito delle competenze riservato dai trattati all'Unione,⁴⁶³ così che la conformità ai diritti ed ai principi contenuti nel testo, dovrà essere garantita solo in riferimento agli atti dell'Unione ed agli atti degli stati membri adottati per dare attuazione al diritto dell'Unione. Tutti gli altri atti statali non saranno vincolati al rispetto dei parametri europei in materia di diritti umani. Tale limite, unito alla mancata indicazione dell'attuazione della Carta tra gli obiettivi che l'Unione si prefigge di conseguire, contribuisce a creare un cono d'ombra su quella che dovrebbe essere, a detta di parte della dottrina, la nuova funzione positiva e promozionale delle istanze contenute nella Carta.⁴⁶⁴

Scenari nuovi saranno probabilmente aperti sulla base del dettato dell'articolo 52 quinto comma, che affida ai giudici nazionali il potere di effettuare un controllo diffuso di interpretazione e di legalità degli atti comunitari. L'articolo 6 TUE prevede, inoltre, l'adesione della UE alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, adesione che in conformità al parere⁴⁶⁵ espresso dalla Corte di giustizia nel 1996, doveva avvenire a seguito di una revisione dei trattati⁴⁶⁶. L'adesione alla Convenzione dovrebbe comportare un innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali in Europa in quanto implicherebbe la sottoposizione degli atti normativi dell'Unione in materia di diritti, ad un'istanza giurisdizionale

diritti fondamentali dell'Unione Europea». Vedi anche la Dichiarazione n.53 della Repubblica Ceca sulla Carta dei diritti fondamentali della UE. Cfr. S. AMADEO, *Il Protocollo n.30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali, qualche soluzione*, Il Diritto dell'Unione Europea III, 2009, p.721, O. POLLICINO E V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza tra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, Il Diritto dell'Unione Europea, III, 2008, p.101, M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts*, Common market law review, 2008, p.617, E. PAGANO, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, Il Diritto dell'Unione Europea, III, 2008, p.100.

⁴⁶³ Tale previsione si ritrova non solo nell'articolo 51 comma 2 della Carta, ma anche all'articolo 6 comma 1 del TUE, nonché nella Dichiarazione n.1 paragrafo 2 annessa al Trattato di Lisbona. A riguardo, Marta Cartabia ha messo in evidenza come nel Trattato di Lisbona emerga con una certa insistenza la preoccupazione circa la tenuta dei limiti di competenza tra stati ed istituzioni europee. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, Giornale di diritto amministrativo, III, 2010, p. 222.

⁴⁶⁴ S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra "trattati" di Lisbona e Costituzione*, in Federalismi.it, <http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=15106>, p.38.

⁴⁶⁵ Parere della Corte di giustizia 28 marzo 1996, II, 94.

⁴⁶⁶ In seguito alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, l'adesione alla Convenzione Europea deve avvenire nel rispetto delle procedure stabilite all'articolo 218 TFUE che prevede una decisione all'unanimità del Consiglio, l'approvazione del Parlamento Europeo e l'approvazione di tutti gli stati membri, ciascuno secondo le proprie regole costituzionali.

esterna a tale sistema di riferimento, la Corte di Strasburgo. Oggetto del controllo di conformità alle disposizioni in materia di diritti e principi dell'Unione esercitato dalla Corte di giustizia, sono, infatti, solitamente gli atti normativi nazionali adottati nell'ambito delle competenze dell'Unione Europea. L'adesione alla Cedu dovrebbe dunque riempire quel vuoto iniziale dei trattati istitutivi fin ora mai colmato in misura soddisfacente.⁴⁶⁷ In base a quanto prescritto nell'articolo 52 comma tre della Carta, nel caso in cui un diritto contenuto nella Carta abbia un equivalente all'interno della Convenzione EDU, il suo significato e la sua portata saranno quelli conferiti dalla Convenzione, ferma restando la possibilità per l'Unione di accordare forme di protezione più estesa. Da ciò è possibile comprendere come la Corte di giustizia abbia svolto attraverso la sua attività giurisdizionale un ruolo cardine ai fini della promozione e della tutela dei diritti fondamentali in Europa. L'ampio nucleo di diritti e principi desunti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, hanno ispirato l'attività pretoria della Corte di giustizia, che nel corso degli anni ha proceduto a rielaborarne i contenuti adeguandoli al soddisfacimento delle finalità comunitarie. Il risultato è stato la genesi di una vera e propria configurazione comunitaria dei principi e dei diritti fondamentali,⁴⁶⁸ che ha visto la Corte assurgere al ruolo di supremo giudice della conformità degli atti comunitari al sistema di garanzie comunitarie ed a svolgere una funzione di nomofilachia. Ragionando sulla base di queste premesse, si comprende come nel corso degli anni si siano sviluppati in parallelo, due diversi sistemi di tutele: uno costituito dai principi e dai diritti costituzionali nazionali, ed uno di origine comunitaria⁴⁶⁹. Partendo dal considerare i diritti come strutture di valore aventi carattere relazionale⁴⁷⁰ e muovendo da un'accurata analisi dei

⁴⁶⁷ CARTABIA, *op. ult. cit.* p.224.

⁴⁶⁸ Cfr. M. CARTABIA, *Taking dialogue seriously. The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*, Jean Monnet Working paper, 12/2007. Vedi anche A. VON BOGDANDY, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, *Common market law review*, XXXVII 2000, , p.1307-1338.

⁴⁶⁹ A questi si è affiancato il sistema di tutele Cedu basato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e facente capo alla Corte di Strasburgo.

⁴⁷⁰ M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p.32. La portata di un diritto riconosciuto ad un soggetto è il frutto della trama di relazioni che vengono ad instaurarsi tra i differenti valori che fondano un dato ordinamento. Un singolo diritto è sempre in rapporto con un altro diritto di contenuto confliggente o con il medesimo diritto riconosciuto ad altri soggetti dell'ordinamento, o ancora con altri interessi collettivi e generali che operano come limite al diritto preso in considerazione.

contenuti e dei significati che in modo ricorrente gli sono stati attribuiti dalla Corte di giustizia, un'autorevole dottrina ha concluso per la non equivalenza delle tutele interne rispetto a quelle comunitarie. A conferma di questa tesi può innanzitutto essere posta la teoria comunitaria dei limiti ai diritti fondamentali, che impone di non considerare i diritti come prerogative assolute, bensì, situazioni giuridiche da contemperare con le esigenze del mercato comune e con gli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità⁴⁷¹. Se in una prima fase, la Corte di giustizia sembra subordinare a questi obiettivi solo i diritti economici,⁴⁷² a partire dalla sentenza *Wachauf* del 13 luglio 1989 in causa 5/88, il giudice del Lussemburgo affermerà che tutti i diritti sono suscettibili di subire limitazioni. La Corte pone dunque gli scopi economici della Comunità sullo stesso piano dei diritti fondamentali ed a volte su un piano più alto: la loro tutela risulta così fortemente condizionata dagli obiettivi generali dell'integrazione europea ed *in primis* da quello del mercato comune⁴⁷³.

Se per un verso, guardando ai rapporti tra diritto interno e comunitario è oggettivamente possibile rilevare due distinti sistemi di valori, due distinti ambiti di competenze e due giurisdizioni supreme chiamate ad interpretare ed a giudicare sulla conformità delle disposizioni rispettivamente, nazionali e comunitarie, alle Costituzioni interne ed ai trattati, in realtà tale linea di demarcazione non risulta in fin dei conti essere così netta come appare. Innanzitutto perché come prima accennato, la Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici nazionali è riuscita ad ampliare il dominio dei principi fondamentali comunitari. Spingendosi al di là delle richieste d'interpretazione, la Corte di giustizia ha finito per esercitare un vero e proprio giudizio di legittimità

⁴⁷¹ Tali limitazioni dovranno essere effettuate nel rispetto del principio di proporzionalità dei mezzi utilizzati in funzione degli scopi e non intaccando il nucleo essenziale dei diritti.

⁴⁷² Sentenza della Corte di giustizia Nold del 14 maggio 1974 in causa 4/73 e sentenza Hauer del 13 dicembre 1979 in causa 44/79.

⁴⁷³ M. CARTABIA, cit., p.40. Cfr. J. COPPEL e A. O. NEILL, *The European Court of justice taking rights seriously?*, Common market law review, 1992, p. 669-692. «The Court has employed fundamental rights instrumentally so as to accelerate the process of legal integration in the Community. It has not protected fundamental rights for their own sake. It has not take these rights seriously». E ancora, la Corte viene accusata di avere compiuto una «Instrumental manipulation of the nature and importance of fundamental rights protection. The Court has manipulated the usage of fundamental rights principles endowing these principles with just enough significance in Community terms to allow for the triumph of the Community will». Vedi anche J. H. H., WEILER, N. J. S LOCKHART, «*Tacking rights seriously*» *seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence*, Part I, Common market law review XXXII, 1, 1995, p.51-94 e p.579-627.

comunitaria in riferimento a disposizioni nazionali adottate per dare attuazione a politiche comunitarie o per varare misure legittime in deroga al diritto comunitario⁴⁷⁴. Tale tendenza verso l'ampliamento del campo di applicazione dei principi comunitari è stata inaugurata con la sentenza *Klensch* del 25 novembre 1986 in causa 202/85, in cui la Corte del Lussemburgo ha rilevato la violazione, da parte di un atto del governo lussemburghese, del *milk quota system* e quindi del divieto di discriminazione tra produttori nella Comunità, in quanto specificazione del principio generale di eguaglianza, rientrante tra i principi generali del diritto comunitario. Da qui la necessità espressa dalla Corte che un atto nazionale debba conformarsi al principio di eguaglianza per come da essa interpretato. Guardando a questa problematica dalla prospettiva degli ordinamenti intesi come sistemi di fonti di produzione del diritto, si deve sottolineare come gli atti che pongono maggiori esigenze di coordinamento tra ambiti normativi nazionali e ambiti normativi comunitari, non siano gli atti comunitari ad applicazione diretta. Sulla base del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno o eventualmente dell'effetto diretto, in caso di conflitti con norme interne, il diritto comunitario immediatamente efficace prevale sul diritto interno contrastante, che deve essere disapplicato. Dubbi interpretativi nascono, soprattutto in riferimento a materie su cui a livello comunitario, all'uniformizzazione delle discipline si è preferita la strada dell'armonizzazione, allo scopo di tenere conto delle specificità territoriali e delle differenti tradizioni giuridiche nazionali. Un esempio è dato dalle direttive che, dovendo essere recepite attraverso atti normativi nazionali, spesso, pongono il giudice di fronte al problema di risolvere contrasti tra disposizioni interne e disposizioni di recepimento di atti comunitari. L'espandersi della sfera di operatività dei principi comunitari negli ordinamenti interni per un verso, e la dottrina dei controlimiti da un altro, forniscono l'esempio concreto di come all'avanzare del processo di integrazione economica si affianchi un crescente interrelarsi dei sistemi di garanzie di valori. E segnatamente, è con

⁴⁷⁴ Queste sentenze esplicano un effetto diretto, sono immediatamente vincolanti e fungono da precedente, alla stregua di quanto previsto negli ordinamenti di *common law* in base al principio dello *stare decisis*. Principio che in ambito comunitario viene però temperato dalla possibilità conferita al giudice interno di chiedere alla Corte di esprimersi su un atto che sia già stato da essa in precedenza interpretato. Di solito ciò accade quando il giudice auspica che la Corte modifichi il proprio indirizzo giurisprudenziale fornendo un'interpretazione evolutiva dovuta al mutato contesto socio economico o al cambiamento del quadro normativo in cui l'atto s'inserisce.

l'affermarsi del principio di sussidiarietà proclamato nel Trattato di Maastricht che tale tendenza si è corroborata producendo l'effetto di rendere difficoltosa la distinzione tra ambiti di competenza comunitaria e nazionali⁴⁷⁵. Questo intreccio dimostra come, allo stato attuale, sia la prospettiva monista (integrazione) riconducibile al principio gerarchico di soluzione delle antinomie tra fonti configgenti, che quella dualista basata sul principio di competenza (separazione e coordinamento), non siano in grado di spiegare in modo efficace le relazioni che in questa fase storica vengono ad instaurarsi tra gli ordinamenti interni e l'ordinamento dell'Unione. Oggettivamente è possibile rilevare che ciascun sistema concorre con l'altro a formare, nel rispetto dei propri ruoli e poteri d'autonomia, il sistema normativo dell'Unione Europea.⁴⁷⁶ Alla luce di queste constatazioni pare condivisibile l'approccio ai rapporti tra ordinamenti che trova fondamento nella cooperazione interordinamentale tra istituzioni nazionali e comunitarie e sul cosiddetto pluralismo costituzionale.⁴⁷⁷

2.5. IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NELL'ORDINAMENTO UE IN RAPPORTO ALL'ORDINAMENTO INTERNO

Nell'ordinamento comunitario l'eguaglianza assume significati differenti sia in riferimento alle diverse formulazioni delle disposizioni che la contengono, sia in ragione delle finalità che caratterizzano almeno alle origini, l'ordinamento comunitario rispetto agli ordinamenti statali⁴⁷⁸. Mentre nell'ordinamento italiano, come negli altri ordinamenti statali, l'eguaglianza nasce da un principio generale per poi specificarsi in una serie di puntuali divieti di discriminazione,

⁴⁷⁵ M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p.232 ss.

⁴⁷⁶ Ciascun ordinamento mantiene una propria individualità -da qui gli elementi di separazione- ma al contempo è condizionato dalle interferenze dell'altro. CARTABIA, *op. ult. cit.*

⁴⁷⁷ Vedi M. P. MADURO, *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, European journal of legal studies, II, 2007; N. MAC CORMICK, *Beyond the Sovereign State*, Modern law review, 1993, N. MAC CORMICK, *La sovranità in discussione*, Bologna, 2003; M. KUMM, *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?*, Common market law review, 1999; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, Modern law review, 2002.

⁴⁷⁸ F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia delle comunità europee*, Pol. Dir., II, 2001, p.179, e M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p. 4.

nell'ordinamento comunitario il processo è stato inverso: l'eguaglianza come principio generale, originariamente estranea al sistema comunitario, si è sviluppata dai suoi specifici divieti di discriminazione, la cui formulazione è stata *ab origine*, funzionale all'istituzione del mercato comune⁴⁷⁹.

La diversa formulazione è da ricondurre al carattere generale dello stato come ente politico, a cui si contrappone il carattere derivato, limitato alle attribuzioni loro specificamente conferite, delle istituzioni comunitarie. Cosicché mentre negli ordinamenti statali il principio di eguaglianza interessa la totalità dell'esperienza giuridica, nell'ordinamento comunitario è funzionale all'affermazione delle finalità comunitarie del mercato.

In quanto strettamente correlato alla ragionevolezza delle distinzioni normative ed alla molteplicità dei valori costituzionali che su di esso incidono, il giudizio di eguaglianza come tecnica argomentativa, offre una prospettiva d'analisi dalla quale è possibile desumere come situazioni analoghe, possano originare conclusioni diverse in ambito comunitario e nazionale⁴⁸⁰.

I Trattati di Roma non prevedevano un'esplicita enunciazione del principio di eguaglianza, ma solo delle previsioni normative riconducibili al principio costituzionale. Baluardo dell'ordinamento comunitario, nonché presupposto fondamentale ai fini della realizzazione del mercato comune, l'articolo 18⁴⁸¹ TFUE sancisce il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità riferita al campo di applicazione *ratione materiae* del trattato⁴⁸².

Le altre disposizioni del Trattato riconducibili al principio di eguaglianza sono: l'articolo 157 TFUE (ex. 141 TCE) che impone agli stati l'obbligo di garantire il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, l'art. 40 TFUE in

⁴⁷⁹ F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, Padova, 2003, p.223.

⁴⁸⁰ F. SORRENTINO, *cit.*

⁴⁸¹ Gli articoli 18 e 19 del TFUE corrispondono con lievi modifiche agli articoli 12 e 13 del TCE. Il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità risulta ora efficace nell'ambito di applicazione dei Trattati, e quindi in tutti i settori di attività dell'Unione, ivi comprese le disposizioni del TUE relative alla politica estera, di sicurezza e di difesa comune. Vedi C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, 2009, p.181.

⁴⁸² Tale divieto viene poi specificato nella disciplina delle libertà fondamentali e segnatamente nell'art. 45 sulla libertà di circolazione dei lavoratori subordinati, nell'art. 49 sulla libertà di stabilimento per lavoratori autonomi e gli imprenditori, nell'art. 57 sulla libera prestazione dei servizi, nell'art. 28-37 e 110 in materia di libera circolazione delle merci.

base al quale la politica agricola comune deve escludere qualsiasi discriminazione tra produttori e consumatori dell'Unione. Altra esplicitazione del principio di eguaglianza è data dagli articoli 101-108 TFUE in materia di tutela della concorrenza. L'impostazione originaria del trattato stabiliva quindi delle previsioni del principio di eguaglianza strumentali alla realizzazione del mercato unico e della tutela della concorrenza, senza interessarsi della tutela dell'eguale dignità umana. In linea di massima, tutte le discriminazioni che non riguardavano il mercato comune e la concorrenza, ovvero, quelle non tipizzate nel Trattato, restavano irrilevanti per il diritto comunitario, viceversa trovavano applicazione nell'esercizio delle libertà economiche⁴⁸³.

Nell'arco degli ultimi venti anni tale quadro di riferimento ha subito delle variazioni grazie agli interventi giurisprudenziali di natura creativa posti in essere dalla Corte di giustizia. Partendo dai divieti di discriminazione previsti dai Trattati e in particolare da quello sulla base della nazionalità, la Corte ha esteso le tutele previste dall'ordinamento comunitario anche a situazioni giuridiche non economiche. Ma l'inversione di tendenza più rilevante a livello normativo, si è avuta con l'introduzione dell'articolo 13 nel Trattato di Amsterdam⁴⁸⁴. Il Trattato ha positivizzato quanto auspicato dalla Corte in via pretoria, attribuendo alle istituzioni comunitarie il potere di adottare provvedimenti opportuni per contrastare le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, gli handicap, l'età e le tendenze sessuali. Per la prima volta viene dato rilievo al principio di eguaglianza nel diritto comunitario primario, attraverso l'imposizione del divieto, non solo di prevedere discriminazioni turbative del mercato e della concorrenza, ma anche di quelle che ledono il principio di "*eguale, dignità umana*" (espressione che è possibile ritrovare già nelle prime direttive di attuazione dell'articolo, 2004/43 CE e 2000/78 CE). L'articolo 13, non contenendo una clausola generale contro ogni tipo di discriminazione- bensì divieti di singole discriminazioni- non assume immediata efficacia precettiva. Il diritto derivato prodotto ai fini della sua

⁴⁸³ GHERA, *op. ult. cit.*

⁴⁸⁴ Il Trattato di Amsterdam è stato firmato il 2 ottobre 1997 ed è entrato in vigore il 1° maggio 1999. L'articolo 13 TCE è stato oggi riformulato dall'articolo 19 TFUE con alcune modifiche di ordine procedurale.

attuazione continua ad avere un campo d'azione limitato a specifiche materie, per cui le tutele accordate dal principio di eguaglianza interno si presentano molto più pervasive rispetto a quelle comunitarie.⁴⁸⁵

2.5.1 Due casi emblematici di discriminazione a rovescio e discriminazione indiretta

Sia il principio d'eguaglianza interno che il principio di eguaglianza comunitario, in forza rispettivamente, del principio di legittimità costituzionale e di quello del primato del diritto comunitario, svolgono un'azione conformatrice nei confronti degli atti legislativi nazionali. A questo punto viene da chiedersi se la legge italiana possa in ogni caso conformarsi simultaneamente ad entrambi, ovvero, se per adeguarsi all'uno, non finisca, in determinati casi, per entrare in contrasto con l'altro, a causa del diverso modo in cui il valore dell'eguaglianza è concepito e tutelato, rispettivamente nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana⁴⁸⁶.

Un esempio emblematico di tale forma di contrasto è stato fornito dalla legge n.580 del 1967 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari), finita sotto la scure della Corte costituzionale perché generava, a seguito del giudicato di una precedente sentenza della Corte di giustizia⁴⁸⁷, una *discriminazione a rovescio*⁴⁸⁸ a danno delle imprese

⁴⁸⁵ Neanche l'ampia formulazione utilizzata nella Carta di Nizza dei diritti fondamentali vale ad estendere l'applicazione del principio al di là delle materie di competenza comunitaria. Adottata nel 2000, la Carta ha positivizzato l'intero portato dell'esperienza giurisprudenziale maturata attraverso l'attività della Corte di giustizia in materia di tutela di diritti e principi. Si deve precisare però come la Carta non vada ad ampliare l'ambito delle competenze riservato dai trattati alla Comunità, così che la conformità ai diritti ed ai principi contenuti nel testo, dovrà essere garantita solo in riferimento agli atti comunitari ed agli atti degli stati membri adottati per dare attuazione al diritto comunitario. Tutti gli altri atti statali non saranno vincolati al rispetto dei parametri comunitari in materia di diritti umani.

⁴⁸⁶ GHERA, *op. ult. cit.*, p. 224.

⁴⁸⁷ L'originario principio del *trattamento nazionale*, che poneva a garanzia delle singole libertà di circolazione la possibilità per merci, servizi e operatori economici di circolare in uno stato membro diverso da quello di origine alle stesse condizioni previste per le merci, i servizi e gli operatori nazionali, viene accantonato, in quanto, laddove le legislazioni nazionali non coincidevano con quelle degli stati di destinazione, tale principio creava degli ostacoli agli spostamenti. Notevoli problemi sono stati, infatti, causati dalle differenze esistenti in materia di normative tecniche per la produzione delle merci: alcuni paesi membri, per adeguarsi agli standard di produzione dei paesi di destinazione, qualora più alti rispetto a quelli previsti dalle loro normative, erano costretti a

italiane produttrici di pasta di grano tenero. Con la sentenza 16-30 dicembre 1997 n. 443 la Corte costituzionale dichiarava la violazione dei principi di eguaglianza e di libertà economica operata dall'articolo 30 della legge n.580/1967. Prevedendo il mantenimento in vigore del divieto di produzione e vendita di pasta prodotta con farina di grano tenero in capo alle imprese italiane,⁴⁸⁹ tale norma generava effetti distorsivi all'interno del mercato concorrenziale della pasta, provocati dalle imprese comunitarie a danno delle imprese italiane.

A seguito della sentenza Zoni del 14 luglio 1988 in causa 90/86, la Corte di giustizia aveva ritenuto incompatibile con gli articoli 30 e 36 del Tce, la legge italiana n. 580/ 1967 disciplinante la produzione ed il commercio delle paste alimentari, nella parte in cui estendeva ai produttori che importano in Italia, il divieto di vendere pasta prodotta con grano tenero o con una miscela di grano tenero e di grano duro. Di fronte all'esigenza imperativa di tutela dei consumatori, invocata dal governo italiano a giustificazione delle limitazioni generate dalla previsione nazionale, alla libertà di circolazione delle merci, la Corte aveva replicato che, l'obiettivo di garantire che la pasta sia di qualità superiore e rispetti le tradizioni alimentari italiane, poteva essere soddisfatta con *mezzi che non*

sostenere maggiori costi di produzione e quindi a praticare prezzi finali superiori a quelli previsti sullo stesso tipo di merci dai produttori nazionali. Da qui il transito al principio del *mutuo riconoscimento*, che elaborato dalla Corte di giustizia, impone a ciascuno stato membro di riconoscere le normative di carattere tecnico vigenti negli altri stati membri come equivalenti alle proprie e dunque consentire che le merci importate accedano ai propri mercati conformemente alla normativa del paese di origine. Il diritto comunitario consente delle deroghe a questo principio per i motivi menzionati all'articolo 30 TCE ed anche qualora vi siano delle esigenze di carattere imperativo quali: protezione della salute pubblica, efficacia dei controlli fiscali, lealtà dei negozi commerciali, difesa dei consumatori (sentenza Rewe Zentral del 20 febbraio 1979 in causa 120/78). Previsto inizialmente nell'ambito del settore della libera circolazione delle merci, questo principio è stato poi esteso anche a quello dei servizi e degli operatori economici. F. GHERA, *cit.*, p.99-100. In merito vedi anche, M. P. MADURO, *We, The Court*, Oxford, 2002.

⁴⁸⁸ Con l'espressione discriminazioni a rovescio si fa riferimento a quelle disparità di trattamento che, l'adempimento di obblighi comunitari da parte degli stati membri può provocare all'interno dei rispettivi ordinamenti, a danno di soggetti o di merci di origine nazionale. Tali disparità si determinano tra le imprese e le merci nazionali, e i cittadini, le imprese e le merci provenienti da altri stati membri. F. GHERA, *op. cit.* p.118 e M.V. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Padova, 1989, p.223. Si deve inoltre precisare come, qualora tali discriminazioni, si riverberino esclusivamente all'interno di uno stato membro, senza coinvolgere il libero movimento di persone, merci o servizi, non rientrando nell'ambito di applicazione del trattato Ce, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, non configurano una violazione del divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità, che, come sancito dall'articolo 12 TCE, resta valido solo in riferimento agli ambiti che ricadono *ratione materiae* nel trattato.

⁴⁸⁹ Essendo il divieto di vendita per gli importatori comunitari già stato abolito a seguito della sentenza Zoni della CGCE.

ostacolino l'importazione di prodotti legalmente fabbricati e posti in commercio in altri Stati membri e, in particolare, con l'obbligo di apporre un'etichetta appropriata, che specifichi le caratteristiche del prodotto venduto. All'ulteriore argomento addotto dall'Italia della esigenza di tutelare la salute pubblica, la Corte opponeva la mancata fornitura da parte del governo italiano di dati comprovanti che, la pasta prodotta con grano tenero o con una miscela di grano tenero e di grano duro, contenesse necessariamente additivi chimici o coloranti. Da qui la conclusione per cui un divieto generale di smerciare paste d'importazione recanti i suddetti ingredienti, fosse in ogni caso contrario al principio di proporzionalità e non giustificabile da ragioni di tutela della salute pubblica ai sensi dell'art. 36 Tce. A seguito di tale pronuncia, in ragione del principio del mutuo riconoscimento- quale garanzia della libertà di circolazione delle merci- e considerata l'assenza di una normativa comunitaria uniforme, così come di direttive in materia, il divieto di produzione e commercializzazione della pasta di grano tenero continuava a vigere solo in capo alle imprese nazionali⁴⁹⁰. Nella sentenza n.443 del 1997, la Corte costituzionale constata come, in mancanza di una normativa derivata in grado di uniformare la regolamentazione di tale settore, il principio di non discriminazione tra imprese concorrenti nello stesso mercato, opererebbe quale istanza di adeguamento del diritto interno ai principi stabiliti dall'articolo 30 Tce⁴⁹¹ (divieto di restrizioni quantitative alle importazioni e misure di effetto equivalente), ovvero, nel senso di impedire che le imprese nazionali siano gravate

⁴⁹⁰ «Salvaguardato il principio di libera circolazione delle merci ed assicurata nei rapporti tra gli stati l'attuazione del divieto di restrizioni quantitative all'importazione o di misure di effetto equivalente, gli stati membri resterebbero liberi di adottare unilateralmente una normativa che senza toccare i prodotti importati, tenda a migliorare la qualità della produzione nazionale o a mantenerla conforme alle tradizioni alimentari interne, anche oltre quanto necessario ad assicurare la tutela della salute umana e degli altri valori che nel trattato fungono da limite al principio di libertà della circolazione delle merci». Punto 5 del considerato in diritto sent. 443/1997.

⁴⁹¹ In mancanza di una normativa comunitaria in materia di produzione e commercio di una determinata merce, gli stati membri sono liberi di regolarne la fabbricazione, il consumo e la distribuzione nell'osservanza della garanzia della libera circolazione. Le eventuali limitazioni a tale libertà derivanti dalla difformità delle diverse discipline nazionali, sono ammissibili solo se necessarie a soddisfare esigenze imperative tassativamente fissate dall'art.36 TCE o puntualmente indicate nella sentenza Cassis De Dijon del 20 febbraio 1979 in causa 120/78. La Corte di giustizia tende a interpretare l'articolo 30 in senso ampio così da ricomprendere tra le misure equivalenti alle vietate restrizioni quantitative all'importazione, gli ostacoli tecnici rappresentati da discipline nazionali non razionalmente giustificabili secondo gli scopi del trattato. La Corte tende spesso a dichiarare le legislazioni interne di qualità, incompatibili con le norme sulla libera circolazione delle merci. A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle discriminazioni a rovescio. Una resa al diritto comunitario?*, Giur. Cost., 1998, p.283 ss.

di oneri, vincoli e divieti che il legislatore non potrebbe imporre alla produzione comunitaria⁴⁹². A giudizio della Corte costituzionale, l'irrelevanza delle discriminazioni a rovescio per l'ordinamento comunitario, lascia presupporre, che tra ordinamento interno e ordinamento comunitario debba necessariamente sussistere un rapporto fondato sul principio della separazione delle competenze, che porta quella medesima disciplina interna a risultare, di contro, rilevante per l'ordinamento italiano e quindi sindacabile dal giudice delle leggi⁴⁹³. Dunque, non potendo, in ragione del principio del primato, ri-estendere la portata della norma⁴⁹⁴ alle imprese comunitarie produttrici di pasta, una volta constatata l'omogeneità delle situazioni in cui versano le due categorie, la Corte costituzionale rileva innanzitutto la violazione dell'articolo 3 Cost. Ma il *tertium comparationis* in questo caso da cosa è dato?

Secondo Sorrentino⁴⁹⁵ dovrebbe essere rinvenuto nella normativa comunitaria e segnalato nel principio del mutuo riconoscimento che impone l'accettazione per lo stato di destinazione, delle modalità di produzione estere, anche se più vantaggiose rispetto a quelle nazionali e quindi tali da generare distorsioni nel mercato interno.

E' interessante osservare come qualche anno prima, in riferimento al divieto in questione, la Corte costituzionale nella sentenza n.20 del 12 febbraio 1980, avesse giudicato ragionevoli le limitazioni da esso apportate all'esercizio della libertà d'iniziativa economica, perché giustificate da ragioni di utilità sociale connesse all'obiettivo normativo di proteggere alcune caratteristiche qualitative proprie della legislazione nazionale ritenute meritevoli di salvaguardia. Con la sentenza n.

⁴⁹² Punto 6, considerato in diritto sentenza Corte cost. n.443 del 1997.

⁴⁹³ Punto 5, considerato in diritto sentenza n.443 del 1997. A questo proposito Pinelli fa osservare come nonostante «La disciplina dettata in un certo ordinamento risulti irrilevante per un altro, ciò non discende necessariamente dall'ipotesi che fra i due intercorra un rapporto di separazione (e reciproca coordinazione). Un ordinamento derivato da un altro ovvero reso autonomo dal primo ben può introdurre una disciplina operante esclusivamente nel proprio ambito fin quando l'ordinamento sovraordinato glielo consenta. L'irrelevanza per l'ordinamento sovraordinato di tale disciplina nasconde allora un consenso sovranamente prestato e sempre suscettibile di venire ritirato, alla disciplina derogatoria, anziché un rapporto di separazione previamente disposto fra i due ordinamenti». C. PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, Giur. Cost. 1997, p.3915 ss.

⁴⁹⁴ Se le limitazioni alla normativa sulla produzione di pasta sono costituzionalmente legittime perché giustificate dalla clausola dell'utilità sociale, di contro esse risultano illegittime per il diritto comunitario.

⁴⁹⁵ F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Politica del diritto, II, 2001, p.192.

443/1997 la Corte costituzionale rompe con il consolidato indirizzo giurisprudenziale che fino ad allora l'aveva condotta a giudicare infondate tutte le limitazioni alla libertà d'iniziativa economica basate sulla necessità di perseguire finalità d'interesse generale⁴⁹⁶. Questo caso s'inserisce nel più ampio quadro di pronunce comunitarie in materia di prodotti alimentari, rispetto ai quali la prevalente opinione suggerisce che avrebbero generato l'effetto di spingere verso il basso, il livello qualitativo di talune produzioni attraverso l'impiego di tecniche e criteri di produzione di larga diffusione. Gli stati che producono beni con minore carico normativo di qualità, riescono, infatti, ad imporsi sui mercati superando i collaudati sistemi di fabbricazione di prodotti tipici realizzati da paesi che vantano antiche tradizioni alimentari. La Corte di giustizia per favorire l'espansione del principio di libera concorrenza ha finito sempre più spesso con il penalizzare beni, frutto delle migliori tradizioni culturali ed alimentari europee⁴⁹⁷. Si deve, inoltre, evidenziare come nel corso degli anni la Corte sia andata ad ampliare l'ambito di applicazione della libertà di circolazione. Esercitando su questa materia, un sindacato poco rigoroso, il giudice del Lussemburgo è giunto a considerare qualsiasi discriminazione subita dal cittadino comunitario dentro lo stato ospitante, come incidente sulla libertà di circolazione e quindi rilevante per il diritto comunitario. Il contenuto della sentenza Bickel- Franz, 24 novembre 1998 in causa 274/96 è emblematica di tale tendenza e mostra al contempo l'approccio della Corte europea rispetto alle così dette *discriminazione indirette sulla base della nazionalità*⁴⁹⁸. La Corte ha ritenuto incompatibile con il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e quindi con la libertà di circolazione

⁴⁹⁶ C. PINELLI, *cit.* p.3915 e ss. L'autore parla in merito di una vera e propria «[...]Riscrittura della giurisprudenza sui rapporti economico-sociali giocata sull'istanza di adeguamento dello stesso diritto costituzionale al diritto comunitario».

⁴⁹⁷ A. VEDASCHI, *cit.* p.287.

⁴⁹⁸ Mentre le discriminazioni dirette sono generate da norme che esplicitamente assumono il dato di appartenere ad uno dei due sessi od il fatto di essere cittadino o straniero, quale elemento integrante delle fattispecie cui raccordano conseguenze giuridiche di favore o di sfavore, le discriminazioni indirette derivano da norme che, attraverso altri elementi di differenziazione producono risultati sostanzialmente equivalenti a quelli che discenderebbero da norme apertamente discriminanti. Sono indirettamente discriminatorie le norme degli stati membri che riservano situazioni soggettive di vantaggio ai soli residenti, in quanto il requisito della cittadinanza interna è di fatto soddisfatto da una percentuale superiore di cittadini nazionali che di cittadini di altri stati membri. La discriminazione indiretta è quindi il risultato della combinazione tra una determinata disparità sostanziale ed una determinata differenziazione normativa. F. GHERA, *cit.*, p. 215-16.

delle persone, quelle norme che attuando lo statuto del Trentino Alto Adige,⁴⁹⁹ non estendevano ai cittadini comunitari di lingua tedesca in transito su quel territorio, il diritto- riservato solo ai residenti di lingua tedesca- a che i processi civili e penali venissero celebrati in tedesco. La Corte di giustizia parte dal mettere in luce le ragioni che la conducono a considerare rilevante per l'ordinamento comunitario la questione portata in giudizio. *In primis* richiama la sentenza Cowan del 2 febbraio 1989 in causa 186/87⁵⁰⁰ e poi l'articolo 18 Tce, affermando che, qualora un cittadino europeo eserciti il proprio diritto di circolare e di risiedere nel territorio di uno stato membro, tale situazione rientra nella sfera di applicazione del Trattato ai fini del divieto di discriminazione effettuata sulla base della cittadinanza. La difesa italiana sottolinea come la normativa italiana controversa, miri unicamente alla tutela di una specifica minoranza linguistica presente in Italia riconoscendone l'identità etnica e culturale. Essa non può quindi applicarsi ai non residenti, in quanto non prendenti parte al contesto sociale, alle condizioni di vita e ai problemi che sono specifici ed esclusivi dei residenti della provincia di Bolzano. Sarebbe, inoltre, del tutto sproporzionato consentire all'imputato di optare per l'uso della propria madrelingua, al fine di salvaguardare i diritti della difesa, in quanto tali diritti vengono salvaguardati con altri mezzi, *in primis* il diritto ad avere gratuitamente un interprete, in conformità delle pertinenti disposizioni della Convenzione EDU e del Patto internazionale sui diritti civili e politici⁵⁰¹. Secondo la Corte di giustizia, invece, la circostanza per cui la

⁴⁹⁹ L'art. 6 della Costituzione italiana stabilisce che la Repubblica tutela le minoranze linguistiche. In attuazione di tale norma, l'art. 99 del DPR n. 670/1972 prevede che nella Regione Trentino - Alto Adige il tedesco goda del medesimo status dell'italiano, lingua ufficiale dello Stato. L'art. 100 del decreto stabilisce, inoltre, che i cittadini di lingua tedesca della Provincia di Bolzano abbiano diritto ad usare la propria lingua nei rapporti con le autorità giudiziarie di tale provincia. Per «cittadini» si intende coloro che risiedono a Bolzano.

⁵⁰⁰ Nel caso Bickel- Franz la Corte generalizza le conclusioni tratte dal caso Cowan affermando che i diritti di un soggetto imputato in un processo penale vanno considerati come fondamentali e costituenti un corollario della libertà di circolazione.

⁵⁰¹ Riguardo a quest'ultimo punto il governo italiano fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale 29 gennaio 1996, n.15 in cui si afferma che l'ambito di applicazione delle norme a tutela delle minoranze linguistiche è diverso da quello delle norme sui diritti della difesa. Queste ultime, relativamente al regime linguistico, mirano all'adeguata comprensione da parte dell'imputato degli aspetti processuali, potendosi supporre che questa verrebbe a mancare qualora l'interessato non abbia una perfetta conoscenza della lingua ufficiale. Le norme a tutela delle minoranze linguistiche sono invece conseguenza di una speciale tutela costituzionale, corrispondente al patrimonio culturale di un particolare gruppo etnico, e, pertanto, prescindono dalla circostanza concreta che l'appartenente alla minoranza stessa conosca o meno la lingua ufficiale. Il governo italiano ne trae la conclusione, che il diritto dei residenti della Provincia di

disciplina derogatoria⁵⁰² viene applicata ai soli residenti, in maggioranza cittadini italiani, configura una violazione indiretta del principio di non discriminazione in base alla nazionalità ai danni dei cittadini comunitari di lingua tedesca non residenti, esclusi dal dominio di tale norma. L'estensione della portata della norma andrebbe così a favorire la libertà di circolazione, senza pregiudicare l'obiettivo cui tende la norma nazionale, di protezione delle minoranze linguistiche. Volendo ora considerare la questione nell'ottica utilizzata dalla Corte costituzionale per esercitare il sindacato di costituzionalità rispetto al principio di ragionevolezza, si deve partire dall'extrapolare la *ratio* che sta a fondamento della normativa italiana controversa. Questa deve essere individuata nella circostanza per cui il legislatore italiano ha previsto che, in deroga al primo comma dell'articolo 3, una legge possa stabilire un trattamento "discriminatorio" e segnatamente, l'attribuzione di diritti linguistici speciali, allo scopo di tutelare le persone che appartengono alla minoranza linguistica tedesca e risiedono nel territorio della provincia di Bolzano. Questa disposizione è il risultato di un bilanciamento di valori da parte del legislatore che ha inteso sacrificare il principio di eguaglianza formale (divieto di discriminare in ragione della lingua) a vantaggio di un obiettivo di eguaglianza sostanziale che trova tra l'altro fondamento nell'articolo 6 Cost. Fatta questa premessa, si deve osservare come la Corte di giustizia, ai fini della valutazione della violazione del divieto di discriminazioni in base alla cittadinanza, piuttosto che procedere, con il raffrontare le fattispecie per valutarne l'omogeneità, rilevare la riferibilità ad entrambe della stessa *ratio* e quindi decidere eventualmente di estendere la portata della norma controversa, molto approssimativamente dichiara che l'estensione del diritto ad esprimersi nella propria lingua davanti alle autorità giudiziarie della provincia di Bolzano, nei confronti di un cittadino comunitario di lingua tedesca in transito nella provincia, non pregiudica il fine della tutela della minoranza linguistica e per altro verso serve a facilitare l'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno.

Bolzano di optare per l'uso del tedesco, non dipende dalla loro capacità o meno di usare la lingua italiana.

⁵⁰² Del principio generale per cui l'italiano è la lingua ufficiale della Repubblica.

A giudizio di una parte della dottrina,⁵⁰³ tale sentenza, attribuendo una diversa *ratio* di matrice comunitaria -alla disposizione nazionale collegata con la libertà comunitaria di circolazione- finisce con il piegarla al soddisfacimento di interessi diversi da quelli per cui era stata posta in essere. In tal modo la normativa nazionale viene resa ancora più derogatoria rispetto a quanto già non fosse⁵⁰⁴ e pare chiaramente in contrasto con il dettato costituzionale⁵⁰⁵.

2.6. LE POLITICHE DI COESIONE COME STRUMENTO APPLICATIVO DELLO STATO SOCIALE EUROPEO

Nell'ambito dell'ampio ventaglio di problematiche ricollegabili all'affermazione ed allo sviluppo della tutela comunitaria dei diritti e dei principi fondamentali, cruciale rilievo vengono ad assumere i diritti sociali, il cui riconoscimento e la cui effettiva attuazione costituiscono uno dei principali obiettivi che le moderne democrazie europee, si prefiggono di raggiungere alla luce dei principi del *Welfare State*⁵⁰⁶.

Se osservassimo la questione in chiave costituzionale, senza dubbio ci rifaremmo al principio di eguaglianza sostanziale, ovvero, al compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli limitativi allo svolgimento della personalità⁵⁰⁷.

Viceversa, osservando la tutela sociale nel quadro economico-normativo derivante dal processo di integrazione comunitaria, è necessario svolgere alcune precisazioni. Mentre nel sistema costituzionale i diritti sociali, quale presupposto dell'azione dei pubblici poteri, sono concepiti come situazioni giuridiche

⁵⁰³ SORRENTINO, *op. ult. cit.*

⁵⁰⁴ La norma costituisce una deroga ai principi contenuti negli articoli 97, 41, 5 Cost.

⁵⁰⁵ In alcuni studi precedenti, l'autore aveva già manifestato delle perplessità circa la conformità a Costituzione della normativa in questione. Tale commento invita a riflettere su come il desumere *ratio* aggiuntive di natura comunitaria, da norme nazionali ritenute fino ad un certo momento giustificate da *ratio* interne nettamente differenti, mette fortemente in discussione il principio di unità dell'ordinamento che non «deve essere più ricercato in sede nazionale ma nella più ampia dimensione europea di cui la Corte di giustizia diventa l'interprete principale». SORRENTINO, *op. ult. cit.*

⁵⁰⁶ Sulla distinzione tra *Sozialen Rechtsstaat* postulata da Heller e il concetto Keynesiano di *Welfare state*, si vedano le argomentazioni contenute in U. K. PREUSS, *The concept of rights and the welfare state*, in *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlino, 1985, p.152 ss.

⁵⁰⁷ In tal senso si pongono degli obiettivi di giustizia sociale, i quali possono essere conseguiti attraverso manovre di politica economica, ovvero, azioni positive volte a garantire forme più eque di allocazione delle risorse.

soggettive⁵⁰⁸. Essi fanno parte del patrimonio delle situazioni soggettive che qualificano l'identificazione della persona umana e perciò stesso ne va salvaguardata la valenza costituzionale⁵⁰⁹.

In tal senso la protezione costituzionale è rivolta immediatamente ai diritti, mentre l'interesse sociale viene raggiunto indirettamente, grazie al soddisfacimento dei primi.

Viceversa quelli che impegnano la Comunità e gli stati, sono degli interessi sociali presentati in forma di obiettivi, ed i diritti sono conseguenza della realizzazione degli obiettivi medesimi⁵¹⁰. Pertanto, il grado di protezione dei diritti sociali in

⁵⁰⁸ M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, Pol. dir., III, 2000, p.379.

⁵⁰⁹ Da una prospettiva oggettiva di analisi, essi costituiscono l'obiettivo dell'azione dei pubblici poteri, in quanto l'agire pubblico in loro favore e sostegno, è immaginato non solo come vantaggioso per i singoli beneficiari, ma anche per l'intera società, in quanto per il suo tramite vengono perseguite finalità di carattere generale. Esempio emblematico è a questo riguardo fornito dall'articolo 4 che, nel riconoscere e promuovere le condizioni che rendano effettivo il godimento per ciascun cittadino del diritto al lavoro, nel secondo comma fa poi riferimento al dovere di svolgere attività o funzioni tali da concorrere al progresso materiale o spirituale della società. Vedi A. BALDASSARRE, *Voce "Diritti sociali"* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol.XI, Roma, 1989, p.14. «L'articolo 4 Cost. nella parte in cui si riferisce al diritto al lavoro, pone un valore costituzionale fondamentale che, per un verso vale come il più importante principio interpretativo di tutte le altre norme in materia economico-sociale e per altro verso contiene un programma e un impegno costituzionale che vincolano il legislatore e gli altri pubblici poteri ad attuare una politica economica rivolta a massimizzare l'occupazione (sentenze Corte cost. n.3/1957, 13/1961, 277/1968)». In particolare «Senza creare rapporti giuridici perfetti costituisce un invito al legislatore a che sia favorito il massimo impiego delle attività libere nei rapporti economici». Corte cost. sent. n. 3/1957.

Sul primo comma dell'articolo 4 vedi S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 38 ss. «Dal primo comma dell'articolo 4 si ricava che il diritto al lavoro è da considerarsi quale fondamentale diritto di libertà della persona umana che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino - l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento- fa riscontro per quanto riguarda lo stato, da una parte il divieto di creare o di lasciare sussistere nell'ordinamento norme che pongono o consentono di porre limiti discriminatori a tale libertà, ovvero, che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo- il cui adempimento è ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto- di indirizzare l'attività dei pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentono l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro». Corte cost. n. 61/1965. In riferimento al secondo comma, Giannini (R. g. la. 1948, p.13) e Crisafulli (G. cost., 1965, p.162) hanno asserito che l'enunciazione sarebbe priva di rilievo per la sua generalità e per la mancanza di ogni conseguenza giuridicamente rilevante dalla sua inosservanza. Dall'articolo 4 comma 2, sono poi state ricavate due posizioni giuridiche: il dovere di svolgere un'attività socialmente utile (dovere di lavorare) e il diritto di applicarsi all'attività che ciascuno valuta più confacente alle proprie inclinazioni (libertà professionale). Cfr. G. F. MANCINI, *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1986, p.32. E segnatamente, il dovere previsto nell'articolo 4.2 riprende e specifica i motivi presenti in altre norme costituzionali: articoli 1,1; 2; 3; 41. In sostanza svolgere un'attività che concorra al progresso materiale e spirituale significa adempiere un dovere di solidarietà e insieme cooperare all'avvento di una società che assicuri la piena partecipazione di tutti. S. BARTOLE, R. BIN, *op. ult. cit.*

⁵¹⁰ LUCIANI, *op. ult. cit.*

ambito comunitario⁵¹¹ risulta essere fortemente condizionato da due fattori: le politiche sociali e le decisioni comunitarie in materia di politica economica⁵¹². Attraverso essi ci pare possibile delineare un modello in grado di conciliare le tradizioni sociali europee e il rispetto dei principi dell'economia di mercato. Il modello di welfare accolto dagli ordinamenti interni è costituito dalle politiche comunitarie in materia sociale⁵¹³.

Secondo la versione consolidata del TUE per come modificato dal Trattato di Lisbona, l'articolo 3 (ex articolo 2 TUE) nell'attribuire all'Unione il compito d'istaurare un mercato interno, le impone di adoperarsi per lo sviluppo sostenibile dell'Europa attraverso un'economia sociale di mercato⁵¹⁴ che miri alla piena occupazione e al progresso sociale. L'Unione combatte, inoltre, l'esclusione sociale e le discriminazioni promuovendo la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore.⁵¹⁵

Ancora oggi lo spazio economico comune rappresenta l'antecedente necessario alle finalità contenute nella disposizione, dall'altra lo strumento mediante il quale diviene possibile condividere a livello comunitario, obiettivi di sviluppo economico, sociale e di tutela dei diritti sociali. Al fine di promuovere uno sviluppo armonioso, l'Unione, è tenuta ad agire per il rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale mediante, in primo luogo, la riduzione del divario di sviluppo tra le regioni europee e del ritardo delle aree meno favorite ex. art.174 TFUE.

⁵¹¹ A stimolare in seno alla Comunità il dibattito sui diritti sociali, fu in primis l'adozione nel 1989 della Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori divenuta vincolante dopo che il Trattato di Amsterdam all'art. 136 fece ad essa esplicito riferimento.

⁵¹² M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p.50 ss.

⁵¹³ A. MAZZITELLI, *Ipotesi intorno allo stato sociale nel quadro dell'integrazione comunitaria*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p.149 ss.

⁵¹⁴ Cfr. M. SCHMITT, *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, *Droit social*, VI, 2010, p.684.

⁵¹⁵ Si ricordi, inoltre, come in base all'articolo 2 TUE l'eguaglianza ed il rispetto dei diritti umani rientrano tra i valori su cui si fonda l'Unione e segnatamente, la non discriminazione, e la parità tra uomini e donne costituiscono una caratteristica comune alle società degli stati membri. L'articolo 9 TUE prevede poi che «L'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi», mentre in conformità con l'articolo 4 TUE l'Unione è tenuta al rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e alla loro identità nazionale. Sul fronte del TFUE, altra novità di rilievo introdotta dal Trattato di Lisbona è data dall'articolo 10 che impone di perseguire la lotta alle discriminazioni in ogni settore di intervento dell'Unione Europea. A commento vedi FAVILLI, *op. ult. cit.* p.176-179

Lo strumento predisposto dalla Comunità per colmare il *gap* di sviluppo delle aree in ritardo, è dato dai fondi strutturali e dalle connesse politiche economiche di coordinamento. L'attuazione di tali politiche, oltre a basarsi sulla partecipazione e sulla concertazione di tutti gli attori, a vario titolo coinvolti, si è fondata su modelli di allocazione delle risorse che hanno avuto costantemente di mira l'efficacia economica degli interventi finanziari. In tal senso sotto il profilo del riequilibrio economico territoriale, è possibile parlare di una sorta di *stato sociale europeo partecipato e vincolato al sistema europeo di mercato* secondo il modello definito dagli obiettivi del Fondo sociale europeo e dal Fondo europeo di sviluppo regionale. L'articolo 145 TFUE stabilisce che gli stati membri e l'Unione si adoperano per sviluppare una strategia coordinata a favore dell'occupazione, volta a favorire la promozione di una forza lavoro qualificata in grado di adattarsi ai mutamenti economici, ovvero, capace di stare nella competizione sociale e di riprodursi sul mercato. Quindi se per un verso la materia occupazione resta di competenza degli stati, viene al contempo introdotto attraverso questa norma, il principio del coordinamento delle azioni tra gli stati, da realizzare attraverso la conoscenza delle realtà occupazionali nazionali e la formulazione di indirizzi unitari in materia di occupazione e mercato del lavoro⁵¹⁶.

Uno dei più importanti meccanismi di coordinamento è il *Piano degli orientamenti sull'occupazione* elaborato annualmente dal Consiglio. Alla luce dell'aumento della disoccupazione registrato di recente, le priorità indicate nel Piano 2009 sono state: attirare e mantenere più persone nel mondo del lavoro e aumentare la disponibilità di manodopera modernizzando i sistemi di previdenza sociale; migliorare l'adattabilità dei lavoratori e delle imprese; aumentare gli investimenti in capitale umano migliorando l'istruzione e le qualifiche. In linea con il *Piano europeo di ripresa economica*, al fine di affrontare le conseguenze delle attuali crisi economiche e finanziarie, si punta al miglioramento dell'occupabilità mediante la flexsecurity,⁵¹⁷ nonché attraverso l'innalzamento dei

⁵¹⁶ MAZZITELLI, *op. ult. cit.*

⁵¹⁷ La flexsecurity è un approccio strategico integrato che mira a incrementare l'adattabilità dei lavoratori e delle imprese ed a garantire che la UE possa trarre vantaggio dalla globalizzazione. Nel breve termine dovrebbe contribuire a rafforzare i programmi di attivazione, in particolare per le persone poco qualificate, migliorare le sovvenzioni per l'occupazione e i corsi di formazione di breve durata per i gruppi vulnerabili e per le persone che sono maggiormente esposte al rischio di

livelli delle competenze e il relativo adattamento alle esigenze del mercato del lavoro⁵¹⁸.

2.6.1 Il divieto di discriminazioni sulla base del sesso

Particolarmente incisivi sono stati poi gli esiti prodotti dall'attuale articolo 157 TFUE in materia di parità di trattamento retributivo tra uomo e donna "*a parità di lavoro o per un lavoro di pari valore*".

Questa disposizione fu originariamente inserita nei trattati per evitare che fenomeni di *dumping sociale* venissero prodotti in ragione delle retribuzioni differenziate per genere da parte delle imprese. Così facendo, esse avrebbero attratto maggiori quote d'investimenti e prodotto effetti distorsivi nel proprio segmento di mercato. Negli ultimi anni, il principio di pari trattamento ha assunto grande rilievo in ragione della diretta applicabilità e della diretta invocabilità nelle controversie giurisdizionali nazionali,⁵¹⁹ riconosciute dalla Corte di giustizia. Il

disoccupazione di lunga durata; fornire riconversione/formazione professionale e nuove qualifiche nei settori meno colpiti; fornire una protezione sociale adeguata che garantisca la sicurezza di un reddito, nonché incentivi; disporre l'armonizzazione dei contratti di lavoro per ridurre la segmentazione evitando la trappola della creazione di contratti "flessibili". Al tempo stesso la flexsecurity dovrebbe favorire il dialogo sociale.

⁵¹⁸ Si deve, inoltre, ricordare come in materia di istruzione e formazione professionale, ad integrazione delle specifiche politiche degli stati membri, l'Unione Europea abbia sviluppato una rete di accesso alla formazione e di aggiornamento continuo fondata sui programmi Socrates e Leonardo.

⁵¹⁹ Mentre la diretta applicabilità è una caratteristica propria di tutti i regolamenti, l'effetto diretto viene riconosciuto dalla Corte di giustizia (solitamente sollecitata dai giudici nazionali sulla base di ricorsi d'interpretazione in via pregiudiziale) qualora rilevi l'esistenza di alcune caratteristiche di contenuto all'interno delle norme comunitarie prese in considerazione. Prima storica sentenza in materia, è stata la Van Gend & Loos (sentenza 5 febbraio 1963, in causa 26/62) con cui la Corte riconobbe effetti diretti all'articolo 25 del TCE che impone a ciascuno stato membro l'obbligo di non stabilire dazi doganali (obbligo di non fare o clausola stand –still). Mentre in riferimento alle direttive si veda il caso Van Duyn (sentenza 4 dicembre 1974 in causa 41/74). Per quanto la giurisprudenza comunitaria non sia sempre costante nel descrivere i criteri per individuare gli effetti diretti, vi sono alcuni elementi maggiormente ricorrenti nelle enunciazioni della Corte: la norma deve porre un obbligo chiaro e preciso in capo agli stati membri, l'obbligo deve essere incondizionato (deve essere trascorso l'eventuale termine imposto per adeguare l'ordinamento interno alla normativa comunitaria) e la norma non deve concedere o presupporre un potere discrezionale agli stati membri o alle istituzioni comunitarie sulle modalità di attuazione e di esecuzione dell'obbligo da essa posto. Così come i regolamenti comportano la disapplicazione degli atti interni emanati in contrasto con essi, stessa sorte spetta agli atti interni confliggenti con gli atti comunitari ad efficacia diretta. Sia il primato che l'effetto diretto comportano la possibilità per il privato di ricorrere alle competenti autorità giurisdizionali interne contro quegli Stati (ma anche organi delle amministrazioni statali, centrali o periferici vedi sentenza 22 giugno 1989 in causa 103/88, Fratelli Costanzo) responsabili di non avere rispettato il contenuto di regolamenti o

quarto comma dell'articolo 157 TFUE riconosce agli stati il potere di adottare azioni positive per le categorie svantaggiate, ovvero, a evitare o a compensare pregiudizi nelle carriere professionali. Il quadro normativo comunitario in materia di protezione sociale prevede inoltre che, fermo restando il principio di sussidiarietà, l'Unione debba occuparsi della sanità pubblica.

L'articolo 168 stabilisce che le politiche e le attività dell'Unione non possano prescindere dalla valutazione che la definizione e l'attuazione delle stesse comporta sulla tutela della salute. La Corte di giustizia ha poi confermato la competenza dell'Unione essenzialmente nel settore della prevenzione, della ricerca in determinati ambiti dell'educazione e della conoscenza dei fattori di rischio per la salute⁵²⁰.

2.6.2 La lettura della Corte di giustizia sul divieto di discriminazioni in base al sesso

L'approccio sviluppato dalla Corte di giustizia nei confronti del principio di eguaglianza, muove inizialmente da singoli divieti di discriminazione stabiliti dai trattati in funzione del perseguimento delle esigenze del mercato comune e della libertà di concorrenza. È solo in un secondo momento che essa giungerà ad elaborare, nella sua giurisprudenza più matura, un vero e proprio principio generale di eguaglianza. L'ordinamento comunitario è originariamente connotato da una natura prettamente settoriale in quanto, incidente sostanzialmente sugli ambiti delle quattro libertà caratterizzanti il mercato comune. Da qui la previsione di divieti di discriminazione settoriali e la mancata proclamazione di un principio

fonti comunitarie ad efficacia diretta. Mentre il principio del primato esplica effetti sia verticali (nei rapporti tra privati e pubblici poteri) che orizzontali (tra privati), all'effetto diretto sono solitamente riconducibili solo effetti verticali (è il caso delle direttive dettagliate non attuate, vedi il caso *Marshall* sentenza 15 gennaio 1986, causa 152/84) di contro sono stati riconosciuti effetti diretti sia orizzontali che verticali ad alcune disposizioni del TCE che soddisfano i criteri summenzionati dalla Corte di giustizia. Si tratta degli articoli 12, 39, (caso *Walrave*, sentenza 12 dicembre 1974 in causa 36/74) e 141 TCE (caso *Defrenne II*, sentenza 8 aprile 1976, in causa 43/75). Queste norme possono creare a favore dei singoli (persone fisiche e giuridiche) posizioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili dinanzi ai giudici nazionali anche quando impongono obblighi di comportamento solo nei confronti degli stati membri o delle istituzioni. (Van Gend & Loss causa 26/62). Cfr., M. CARTABIA, J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p.97, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2001, p.168 ss.

⁵²⁰ MAZZITELLI, *cit.*

che riferisca l'eguaglianza all'uomo in tutte le manifestazioni della sua personalità e quindi a tutti gli aspetti della vita associata⁵²¹. Nella sua fase embrionale l'ordinamento comunitario non aspira all'universalità delle proprie statuizioni normative, presentandosi come un'unione di stati che mettono in comune solo alcuni aspetti della loro vita economico-sociale. È con la successiva evoluzione in senso para-federale del sistema comunitario, generata dall'uso dei poteri impliciti e dalla giurisprudenza della Corte sui principi e ed i diritti fondamentali, che sarà possibile assistere ad un ampliamento delle finalità generali su cui trova fondamento l'ordinamento comunitario.

In particolare, l'ampio sistema di tutele accordato sulla base del divieto comunitario di discriminazioni in ragione del sesso, mostra come il principio di eguaglianza comunitario abbia permesso alle normative di genere interne agli stati membri di evolversi verso positivi ed in molti casi alti *standard* di tutela. È stato così possibile temperare le esigenze d'integrazione e l'obiettivo di creare un mercato comune, con la necessità di stimolare in tutti gli stati la predisposizione di un corpus di regole indirizzato alle salvaguardia delle istanze di genere sia sotto il profilo formale che sostanziale.

Il principio di pari retribuzione ex articolo 157 TFUE, fornisce un valido esempio di come, grazie all'attività pretoria della Corte di giustizia, da un principio inizialmente introdotto nei trattati per salvaguardare interessi economici e segnatamente per disincentivare pratiche di dumping sociale, sia stato possibile ricavare un diritto fondamentale e al contempo desumere in via interpretativa delle finalità di natura sociale⁵²².

⁵²¹ F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza*.

⁵²² «L'art.119 (attuale 157 TFUE) si propone un duplice scopo, in primo luogo, tenuto conto del diverso grado di sviluppo della legislazione sociale nei vari stati membri, esso serve ad evitare che, nella competizione intracomunitaria, le aziende degli stati che hanno dato pratica attuazione al principio della parità di retribuzione siano svantaggiate, dal punto di vista della concorrenza, rispetto alle aziende degli stati che non hanno ancora eliminato la discriminazione retributiva a danno della manodopera femminile. In secondo luogo, detta disposizione rientra negli scopi sociali della comunità, dato che questa non si limita all'unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del trattato». Sentenza 8 aprile 1976 in causa 43/75 Defrenne II. Successivamente la parità di retribuzione tra uomo e donna verrà inclusa tra i diritti fondamentali. «I diritti fondamentali della persona umana fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la corte deve garantire l'osservanza. L'eliminazione delle discriminazioni fondate sul sesso fa parte di tali diritti fondamentali». Sentenza 15 giugno 1978 Defrenne III in causa 149/77.

Se spostiamo il focus d'analisi nella direzione del principio di eguaglianza sostanziale, possiamo osservare come in materia di azioni positive,⁵²³ decisivo sia stato l'impulso fornito dall'ordinamento comunitario all'ordinamento interno. Si pensi ad esempio alle agevolazioni finanziarie a favore delle donne imprenditrici previste dalla legge n.215/1992 e dalle misure dirette a migliorare la formazione professionale o scolastica delle donne, legge n.125/1991.

La sentenza 13 novembre 2008 in causa C-46/07, che si analizzerà più approfonditamente, mostra come, negli ultimi anni la prevalenza accordata alle scelte funzionali a garantire la sostenibilità⁵²⁴ della spesa pensionistica, abbia

⁵²³ Previste implicitamente in una clausola di salvaguardia contenuta nella direttiva 76/207 (articolo 2 par. 4) sull'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomo e donna nel lavoro, le azioni positive vengono definite nel caso Commissione contro Francia, sentenza 15 ottobre 1988 in causa 312-86, come *provvedimenti discriminatori finalizzati ad eliminare o a ridurre disparità di fatto*. Vedi anche i punti 8 e 9 delle conclusioni dell'Avv. gen. Tesauro sul caso Kalanke, sentenza 17 ottobre 1995, in causa C-450/93 ed il punto 20 delle conclusioni dell'Avv. gen Saggio in Badeck, sentenza 28 marzo 2000, in causa C-158-97: «Si considerano azioni positive tutti gli atti, siano essi previsti a livello legislativo o amministrativo, che predispongono degli strumenti a favore di uno specifico gruppo svantaggiato (per ragioni naturali o storiche) al fine di assicurarne pari opportunità a livello sociale. Nella materia [...] delle pari opportunità delle donne rispetto agli uomini nel mondo del lavoro, le azioni positive consistono generalmente in programmi tesi ad agevolare l'assunzione e la promozione delle donne». Nel caso Kalanke la Corte di giustizia ha, inoltre, precisato la portata delle deroghe consentite dall'articolo 2.4 della direttiva 76/207 pronunciandosi per l'illegittimità di quelle previsioni normative che mirano a realizzare direttamente un'eguaglianza di risultati, anziché limitarsi a promuovere un'eguaglianza di opportunità. Segnatamente si trattava di una previsione nazionale che accordava preferenza a parità di punteggio, ai candidati di sesso femminile rispetto a quelli di sesso maschile nelle procedure selettive per il passaggio ad una qualifica superiore all'interno di una pubblica amministrazione, se nella qualifica in questione le donne non erano rappresentate in misura eguale rispetto agli uomini. Tale indirizzo giurisprudenziale fu criticato in quanto accusato di svilire nella pratica quanto la direttiva affermava in linea di principio. Da qui l'inversione di rotta realizzata dalla Corte di giustizia con la sentenza Marschall, 11 novembre 1997, causa C-409-95, in particolare vedi punto 30: «Il fatto che due candidati di sesso diverso abbiano pari qualificazioni non implica, in sé e per sé, che essi abbiano pari opportunità». Una misura che accordi alle donne preferenza nei concorsi pubblici a parità di qualifiche con i candidati di sesso maschile rientra tra le eccezioni consentite dall'art.2 par 4 della direttiva 76/207 al principio di parità di trattamento tra uomo e donna nel lavoro, ma solo se tale preferenza non sia prevista in modo assoluto e incondizionato, lasciando spazio per la valutazione di altri elementi oltre a quello del sesso, che possono portare a scegliere il candidato di sesso maschile. Le azioni positive verranno poi esplicitamente menzionate e introdotte dal Trattato di Amsterdam nel quarto comma dell'articolo 141 TCE. Cfr. F. GHERA, *cit.* p.150 ss. Vedi anche O. POLLICINO *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2006, p. 27 ss. FAVILLI, *op. ult. cit.* p.144 ss e p.333.

⁵²⁴ «Per sostenibilità dei sistemi pensionistici, si intende la loro capacità di conseguire obiettivi sociali su base continuativa, senza tralasciare altri traguardi politici, come il risanamento delle finanze pubbliche e l'equità tra le generazioni. La sostenibilità non può essere garantita singolarmente da uno o più elementi. Alti tassi di crescita economica e un aumento dell'occupazione sono determinanti e contribuiranno fortemente alla sostenibilità. Un contributo altrettanto importante verrà dalle riforme stesse dei sistemi pensionistici». Comunicazione della Commissione 2000-622, *La futura evoluzione della protezione sociale nel lungo periodo: pensioni sicure e sostenibili*.

comportato la rinuncia alla conservazione di una vasta gamma di misure di genere che si ponevano obiettivi di riequilibrio nel mercato del lavoro. Tale tendenza non fa altro che svilire in misura sempre maggiore l'effettività del principio comunitario d'eguaglianza sostanziale.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia è chiaramente possibile notare come essa abbia da sempre preferito soffermarsi più sul dato strutturale della norma oggetto di scrutinio alla stregua del principio di eguaglianza, che sugli effetti da essa prodotti. Al contrario della Corte costituzionale, da sempre focalizzata sull'analisi dei rapporti tra norme generali e norme speciali e sulla valutazione della ragionevolezza delle distinzioni, il giudice comunitario si è interessato maggiormente di discriminazioni indirette⁵²⁵.

Per quanto attiene, invece, le discriminazioni a rovescio, è interessante notare come per la Corte di giustizia, a meno che la discriminazione non si riferisca a situazioni incidenti sulle libertà comunitarie o che assumono una dimensione transfrontaliera, esse sono "irrilevanti" per l'ordinamento comunitario poiché esulano dall'ambito di applicazione dei trattati⁵²⁶. Negli ordinamenti interni, invece, in ragione della portata universale del principio di eguaglianza, una discriminazione potrà essere considerata ragionevole o arbitraria, lecita o illecita, ma giammai indifferente per l'ordinamento. Ancora più difficile è accettare che una discriminazione legata all'origine nazionale di un soggetto venga considerata irrilevante. Nessun ordinamento statale è fin ora giunto ad una piena equiparazione del trattamento giuridico del cittadino e dello straniero,⁵²⁷ così che, mentre è pensabile che tali discriminazioni siano considerate plausibili se subite da stranieri, ben altro è valutarle come indifferenti. Significherebbe disconoscere ad un essere umano la rilevanza come soggetto giuridico in ragione della sua nazionalità e sarebbe in contraddizione con una delle prime e basilari declinazioni del principio di eguaglianza giuridica quale modernamente inteso, ovvero, quella che ritiene la soggettività giuridica spettante a tutti gli esseri umani come tali, a

⁵²⁵ SORRENTINO, *cit.*

⁵²⁶ La linea di demarcazione tra sfera di appartenenza all'Unione e sfera di estraneità alla stessa è andata fortemente accentuandosi con la previsione nel Trattato di Maastricht della cittadinanza europea. Da qui la preclusione agli extracomunitari del riconoscimento di un ampio numero di situazioni soggettive di cui, invece, godono i cittadini comunitari.

⁵²⁷ In Italia rientrano nel campo di applicazione soggettivo del principio di eguaglianza anche gli stranieri vedi sent. Corte cost. n. 120/1967, 54/1979, 199/1986, 28/1995, 203/1997.

prescindere da qualsiasi tipo di differenza possa rintracciarsi in loro⁵²⁸. Da qui un'ulteriore conferma della connotazione fortemente settoriale e *market related* che il principio assume nella dimensione comunitaria in contrapposizione alla portata generale che gli viene riconosciuta nell'ordinamento italiano⁵²⁹.

Altro connotato incontrovertibile della giurisprudenza comunitaria relativa al principio di eguaglianza, è dato dalla diversa intensità di tutela ad esso accordata a seconda dell'incidenza prodotta dalle normative sul mercato interno e sul processo d'integrazione.

In particolare, mentre nei confronti degli atti comunitari il sindacato della Corte sul rispetto del principio generale di eguaglianza, risulta essere poco incisivo, sugli atti nazionali esso viene condotto con estremo rigore. La ragione deve essere ricercata nella circostanza per cui, mentre censurando gli atti interni, la Corte favorisce l'affermarsi del primato del diritto comunitario e del processo d'integrazione economica, censurando quelli comunitari si producono risultati opposti.

Da queste premesse prende le mosse, la controversa tesi che accusa la Corte di fare un uso dei diritti e dei principi strumentale al perseguimento delle tradizionali finalità economiche dell'Unione, ostacolando così di fatto, l'integrazione politica tra gli stati, integrazione che non può prescindere né dalla tutela della dignità della persona in quanto tale, né da un *corpus* di valori frutto di un disegno istituzionale fondato su basi democratiche⁵³⁰.

D'altro canto le istanze di adeguamento degli atti nazionali all'interpretazione comunitaria del principio di eguaglianza, pongono gli ordinamenti, intesi come sistemi di fonti di produzione del diritto, di fronte a delle pressanti richieste di coordinamento specie per quanto riguarda gli atti comunitari che non sono immediatamente applicabili.

⁵²⁸ GHERA, *op. cit.* p. 125.

⁵²⁹ Occorre, inoltre, ricordare che, mentre nell'ordinamento italiano il principio di eguaglianza si connota per la sua natura relazionale, nell'ordinamento comunitario i divieti che da esso discendono costituiscono dei diritti fondamentali. Cfr. sentenza Corte costituzionale n. 89/1996. Per quanto riguarda il divieto di discriminazioni fondate sul sesso vedi punto 20 conclusioni avv. Gen. Saggio in Badeck, sentenza 28 marzo 2000, in causa C-158-97, mentre sul divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità vedi punto 17, Bickel e Franz sentenza 24 novembre 1998 in causa C-274-96. In entrambe, la Corte riconosce in capo agli individui un diritto alla parità di trattamento.

⁵³⁰ CARTABIA, *Principi...*, *cit.*

Sulla base del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno e nell'ipotesi dell'effetto diretto, in caso di conflitti con norme interne, il diritto comunitario immediatamente efficace, prevale sul diritto interno contrastante, che viene disapplicato. Dubbi interpretativi nascono, soprattutto in riferimento a materie su cui a livello comunitario, all'uniformazione delle discipline si è preferita la strada dell'armonizzazione, allo scopo di tenere conto delle specificità territoriali o delle differenti tradizioni giuridiche nazionali. Un esempio è dato dalle direttive che, dovendo essere recepite attraverso atti normativi nazionali, spesso, pongono il giudice di fronte al problema di risolvere le eventuali antinomie tra le fonti.

L'espandersi della sfera di operatività dei principi comunitari negli ordinamenti interni per un verso, e la dottrina dei controlimiti da un altro, forniscono l'esempio concreto di come all'avanzare del processo di integrazione proceda di pari passo l'interpenetrazione dei sistemi di garanzia. Segnatamente, è con l'affermarsi del principio di sussidiarietà proclamato nel Trattato di Maastricht che tale tendenza si è corroborata producendo l'effetto di rendere, a volte, inoperante la distinzione tra ambiti di competenza comunitaria e nazionali.

Uno dei tratti maggiormente caratterizzanti il sistema di garanzie comunitarie deve, infatti, rinvenirsi nel fatto che in diversi settori, il riconoscimento e la tutela di diritti e di principi fondamentali sono stati veicolati dalle libertà del mercato. A conferma di tale osservazione si consideri il percorso normativo e giurisprudenziale attraverso cui le politiche in materia ambientale e segnatamente il principio di precauzione, si è affermato e consolidato in ambito comunitario.⁵³¹ Il processo d'integrazione comunitaria ha quindi modificato in

⁵³¹ Nelle prime sentenze in materia ambientale, infatti, la Corte di giustizia afferma la legittimità del ricorso all'articolo 100 TCE a scopo di armonizzazione delle normative interne *in quanto disposizioni richieste da considerazioni di tutela della sanità e dell'ambiente possono essere tali da costituire oneri per le imprese cui si applicano e in mancanza di ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia, la concorrenza potrebbe essere sensibilmente falsata* (Sentenza 18 marzo 1980, in causa 92/79). Nella sentenza 7 febbraio 1985, in causa 240/83 la Corte, sostenendo che la libertà di commercio non ha valore assoluto, ma è sottoposta ai limiti derivanti dall'interesse generale perseguito dalla Comunità, fa assurgere la protezione dell'ambiente al rango di scopo essenziale della Comunità. Qualche anno dopo la tutela ambientale verrà annoverata tra le esigenze imperative e come tale ritenuta idonea a limitare i principi di natura economica- commerciale (sentenza 20 settembre 1988, in causa 302/86). In considerazione poi dell'articolo 174 TFUE, il principio di precauzione costituisce uno dei principi su cui trova fondamento la politica ambientale (sentenza 5 maggio 1988, cause C-157/96, C-180/96). E' ormai pacifico che tale principio si applichi quando le istituzioni comunitarie adottano nell'ambito di

modo pervasivo il sistema nazionale delle fonti. Questo intreccio dimostra come, allo stato attuale, sia la prospettiva monista (integrazione) riconducibile al principio gerarchico di soluzione delle antinomie tra fonti confliggenti, che quella dualista basata sul principio di competenza (separazione e coordinamento), non siano in grado di spiegare in modo efficace le relazioni che vengono ad istaurarsi tra ordinamenti interni e ordinamento comunitario. Quello che oggettivamente è possibile rilevare è che ciascun sistema concorre con l'altro a formare, nel rispetto dei propri ruoli e poteri d'autonomia, il sistema comunitario. Ciascun ordinamento mantiene una propria supposta individualità –da qui gli elementi di separazione– ma al contempo è condizionato dalle interferenze dell'altro.

I rapporti tra ordinamenti dovranno quindi essere analizzati utilizzando un approccio fondato sulla cooperazione interordinamentale tra istituzioni nazionali e comunitarie. Tale cooperazione dovrà basarsi sul coinvolgimento dei parlamenti nazionali nella formulazione delle norme comunitarie, sul rafforzamento del ruolo delle regioni nell'elaborazione delle decisioni comunitarie che gli competono e sul dialogo tra Corti costituzionali e Corte di giustizia.⁵³²

A queste istanze dovrà, inoltre, andarsi ad aggiungere l'attività dei giudici comuni ai fini dell'effettiva giustiziabilità dei principi e dei diritti. Spesso accade che le forme di tutela comunitaria di un principio o di un diritto confliggano con quelle interne a causa delle differenti impostazioni giuridiche, culturali e valutative che contraddistinguono i diversi ordinamenti.

In particolare a livello interno, negli ambiti eticamente più sensibili, il legislatore, quando non rinuncia del tutto a elaborare regole che traducano il valore, in stabili rapporti gerarchici fra interessi, tende per lo più a traslare il conflitto sulle istanze giurisdizionali formulando regole aperte all'integrazione in via interpretativa, quindi adatte a dare alla legge la forma più adeguata per farla corrispondere costantemente al mutare della percezione sociale dei principi costituzionali⁵³³. Sul giudice si scarica quindi l'onere di prendere posizione in un confronto che non è

altre politiche, misure di tutela della salute umana (caso BSE, sentenza 5 maggio 1988, cause C180/96 e C-157/96 sentenza in Italia meglio nota come caso della "Mucca pazza"). Vedi A. MAZZITELLI, A. FALCONE, *Ambiente e biotecnologie*, Cosenza, 2008, p.34. e p.81.

⁵³² M. CARTABIA, *Principi*, cit. p.232 ss.

⁵³³ G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, Luiss, 26 ottobre 2009.

più tra opzioni ermeneutiche, ragioni di opportunità, esigenze funzionali, ma, letteralmente, tra visioni del mondo. L'assenza di gerarchie pre-date e la generale impossibilità di porre l'unità sui valori a premessa dei sillogismi giudiziari, indirizza la ricerca dei fondamenti di giustificazione delle pronunce giurisdizionali prevalentemente verso il fatto. Tale problema non riguarda solo il giudice costituzionale, ma tocca anche, in misura crescente, il giudice comune. È dal giudice, in prima battuta, che gli individui pretendono l'immediata protezione dei diritti e dei valori costituzionali. Il valore può diventare allora il canone-guida per un'interpretazione evolutiva della legge, il fine che giustifica l'aggiramento della formalità giuridica, il fondamento su cui poggia la pretesa a una prestazione nei confronti della pubblica amministrazione. Da queste premesse trae origine la corrente di pensiero inaugurata da Chaim Perelman, secondo cui, il giudice, pur restando vincolato al rispetto della legge, non deve limitarsi alla mera applicazione del testo normativo, egli deve altresì adattare la lettera della legge alla soluzione più equa e ragionevole del caso di specie. Posta però la vaghezza e l'indefinibilità insite nei concetti di ragionevolezza e di equità, il giudice per decidere dovrà assumere come criterio guida un giudizio di valore che gli permetterà di compiere una scelta tra finalità tra loro in conflitto. Tale scelta dovrà tenere conto delle istanze presenti e delle insoddisfazioni latenti tra l'opinione pubblica, nonché del contesto storico, politico e sociale su cui la sua decisione andrà ad incidere. L'idea di fondo è che le controversie che hanno ad oggetto i diritti fondamentali non possano essere risolte sulla base di criteri formali precostituiti, ma necessitino di una riflessione complessa basata sull'istaurazione di un dialogo diretto tra il legislatore e il giudice, nonché sulla comunicazione tra quest'ultimo ed il suo uditorio allo scopo di comprendere di volta in volta quale sia la soluzione più idonea a suscitare il consenso. Perelman parla segnatamente della necessità per i giudici di motivare le proprie decisioni attraverso efficaci tecniche argomentative volte a dimostrare che oltre al rispetto della legge, sono state tenute in considerazione tutte le altre variabili a cui precedentemente si è fatto riferimento⁵³⁴.

⁵³⁴ C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979.

2.7. POLITICA ECONOMICA COMUNITARIA: DIRITTI SOCIALI CONDIZIONATI?

Prima e oltre che attraverso le politiche sociali comunitarie, il grado di protezione dei diritti sociali viene influenzato dall'economia. Gran parte dei diritti sociali proprio in quanto si configurano quali diritti a prestazione positiva, non possono prescindere dalle risorse economiche necessarie a darvi attuazione, né dall'amministrazione dei servizi alle persone che serve a loro garanzia. Da qui si comprende come il modello sociale europeo sia strettamente dipendente dai vincoli che l'Unione economica e monetaria ha imposto agli stati membri a partire dall'introduzione della moneta unica. Nel 1997, ai paesi candidati ad entrare nella Uem, è stato chiesto sulla base dei parametri di convergenza stabiliti nel Patto di stabilità e crescita, di presentarsi alla vigilia dell'ingresso nella moneta unica con debiti e deficit contenuti, nonché con bassi livelli d'inflazione⁵³⁵. Con l'ingresso nella Uem si è pervenuto all'unificazione delle politiche monetarie così che, se da un lato non si è potuto più ricorrere allo strumento delle svalutazioni competitive,⁵³⁶ dall'altro anche le scelte di bilancio hanno iniziato ad essere orientate verso il rispetto di criteri di efficacia e di efficienza. Lo stato ha dovuto garantire la sostenibilità della spesa corrente cercando al contempo di allargare i margini riservati alla spesa in investimenti. Se a tale contesto politico si aggiungono le conseguenze prodotte dai cambiamenti che hanno interessato il mercato del lavoro a livello internazionale, a causa dei processi di globalizzazione e alla liberalizzazione del commercio di un gran numero di beni prima sottoposti a regimi protezionistici, si comprende come attualmente gli investimenti tendano sempre più a spostarsi dove il costo del denaro e del lavoro risulta essere più basso. Da qui la previsione di nuove cornici contrattuali in grado di tradurre in termini giuridici forme di lavoro che, per rispondere alle esigenze del ciclo

⁵³⁵ All'Italia è toccato compiere un immane sforzo, anzitutto per ridurre il disavanzo pubblico prodotto da decenni di finanza "allegra": anni in cui la spesa pubblica è stata fatta lievitare, per dirla nei termini della scuola della Public Choice, sacrificando la razionalità economica alla tirannia della razionalità politica. Enormi quantitativi di denaro pubblico sono stati utilizzati a scopo assistenzialistico e *in primis* al fine di orientare il consenso elettorale.

⁵³⁶ Se in periodi di crisi tali svalutazioni hanno contribuito a risollevarne i bilanci negativi di tante imprese in affanno, di contro hanno prodotto un effetto disincentivante rispetto a quelle forme d'investimento che avrebbero dovuto portarle ad incrementare in modo autonomo la propria produttività rendendo al contempo le loro produzioni più competitive.

economico, diventano sempre più flessibili e precarie, nonché la necessità da parte dello stato, d'intervenire con misure a sostegno del reddito dei lavoratori nei periodi intercorrenti tra la perdita del lavoro e l'ottenimento di una nuova occupazione. Tale stato di cose costringerà a porsi in modo più netto il problema dei livelli minimi, costituzionalmente irrinunciabili dei diritti sociali e delle idoneità dei vari sistemi, qualitativamente diversi, a soddisfare tali livelli. Il notevole spostamento in avanti della speranza di vita pone, inoltre, i paesi europei di fronte ad una massiccia crescita della spesa pensionistica,⁵³⁷ da qui la necessità di contemperare le istanze di contenimento del disavanzo pubblico dettate dai vincoli comunitari, con la necessità di prevedere una efficace rete di ammortizzatori sociali in grado di contrastare i fallimenti del mercato del lavoro, e di far fronte alle gravose voci della spesa previdenziale e sanitaria che, specie nel nostro paese, incidono fortemente sulle casse dello stato.

In riferimento alla spesa pensionistica è emblematica di questo trend la sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008, C-46/07: Commissione contro Repubblica italiana. Sulla base di tale giudizio la Corte di giustizia ha imposto all'Italia la modifica della legge (23 ottobre 1992 n. 421) sul regime pensionistico Inpdap, nella parte in cui subordina l'accesso al diritto alla pensione a differenti requisiti anagrafici legati al sesso del lavoratore (65 anni per gli uomini e 60 per le donne⁵³⁸).

Secondo la Corte tale legge violava⁵³⁹ il principio comunitario di parità di retribuzione per uomini e donne a parità di lavoro svolto, o per un lavoro di pari valore (articolo 157 TFUE, ex 141 TCE)⁵⁴⁰. Tale decisione è emblematica di

⁵³⁷«Il fenomeno che marcherà i prossimi decenni sarà il progressivo pensionamento della generazione nata negli anni del boom demografico del secondo Dopoguerra. Questa evoluzione demografica produrrà, in un primo tempo, un invecchiamento della forza lavoro poi, dal 2010 in avanti, un forte aumento del numero dei pensionati e, successivamente, una crescente richiesta di cure mediche e di assistenza a lungo termine». *“La futura evoluzione della protezione sociale nel lungo periodo: pensioni sicure e sostenibili”*, Comunicazione della Commissione 2000-622,.

⁵³⁸ Veniva fatta comunque salva la facoltà di chiedere il proseguimento del rapporto di lavoro fino ai sessantacinque anni.

⁵³⁹Per le modifiche apportate al regime Inpdap a seguito della sentenza 13 novembre 2008 della Corte di giustizia vedere il paragrafo 3.4.1 del terzo capitolo

⁵⁴⁰ Tale caso ha posto l'esigenza di stabilire se il regime Inpdap dovesse essere ricondotto nel campo di applicazione dell'articolo 157 TFUE in quanto regime professionale, oppure in quello della direttiva 79/7 (progressiva applicazione del principio di parità in materia di sicurezza sociale) che concerne i regimi legali. Al fine di pervenire ad una graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale, la direttiva 79/7 ha previsto la

come la Corte di giustizia, in riferimento ad un ambito di particolare rilievo economico, come la spesa pensionistica, tenda ad estendere i principi elaborati in sede comunitaria ai sistemi previdenziali di tutti gli stati membri, senza tenere conto delle condizioni giuridiche e sociali interne. La facoltà concessa alle donne di andare in pensione alcuni anni prima rispetto agli uomini, ha costituito nel nostro ordinamento, un'azione positiva accordata dal legislatore al genere femminile per raggiungere finalità di eguaglianza sostanziale, ovvero, prevedere misure compensativa degli sforzi sostenuti per conciliare vita lavorativa e vita familiare, alla luce dello storico gap di opportunità che fa della parità tra i due sessi una meta ancora da raggiungere.

Se dunque, in materia di accesso al lavoro, l'ordinamento italiano si è negli anni evoluto superando la storica concezione *attitudinale* del lavoro ed eliminando i divieti imposti alle donne in riferimento all'esercizio di determinate professioni, oggi, l'appartenenza alla Ue e segnatamente alla Uem, costringono il nostro paese a fare un passo indietro chiedendogli di sacrificare alcune storiche misure finalizzate a riequilibrare delle situazioni strutturali di svantaggio in nome del rispetto dei vincoli imposti al bilancio pubblico nazionale.

Da quanto esposto si comprende come gli ultimi decenni sia stato necessario ridefinire i rapporti tra stato e mercato andando a riformulare su nuove basi le politiche d'intervento pubblico in ragione della crescente crisi fiscale dello stato,

possibilità di accesso differenziato per età al diritto alla pensione di vecchiaia e di fine lavoro. Tale direttiva si applica ai regimi pensionistici legali, aventi carattere generale, istituiti dallo stato in base a considerazioni di politica sociale ed aventi natura obbligatoria, ovvero, non negoziati tra datori di lavoro e lavoratori. Rientrano, invece nel campo di applicazione dell'articolo 157 TFUE i regimi pensionistici professionali, in quanto negoziati tra datori di lavoro privati e lavoratori ai fini dell'erogazione di un trattamento pensionistico di vecchiaia che sia possibile considerare, sulla base del criterio dell'impiego, quale forma di retribuzione differita. Vedi sentenza Barber, 17 maggio 1990 in causa C-262/88, e sentenza Ten Oever 6 ottobre 1993, causa C-109-91 in cui la Corte afferma che una pensione corrisposta da un datore di lavoro ad un ex dipendente per il rapporto di lavoro tra loro intercorso costituisce una retribuzione ai sensi dell'articolo 157 TFUE. Il sistema Inpdap è stato classificato come regime professionale in quanto giudicato soddisfare i tre criteri stabiliti nei *leading cases* in materia: sentenza Beune 28 ottobre 1994 in causa C-7-93, sentenza Niemi 12 settembre 2002 in causa 351/00 (riguarda una categoria particolare di lavoratori, è funzione degli anni di servizio prestati ed il suo importo viene calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico). Consideriamo, inoltre, condivisibili le perplessità espresse da B. GRANDI, *Le interferenze di fatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sul regime pensionistico dei pubblici dipendenti*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009, p. 207, quando osserva come la Corte, ai fini della qualificazione del regime Inpdap come professionale o legale avrebbe più semplicemente dovuto valutarne la conformità o meno ai criteri contenuti nella direttiva 83/378 Ce (modificata dalla direttiva 2000/54).

delle trasformazioni subite dal mercato del lavoro, nonché dall'attuale crisi economico-finanziaria.

Osservando le ripercussioni prodotte da tali cambiamenti nel contesto italiano, pare condivisibile la posizione di chi ritiene che i problemi del futuro saranno probabilmente sempre meno connessi alla costituzionalità di mancate estensioni di vantaggi- in ordine alle quali la Corte costituzionale operava con la leva dell'articolo 3 – e sempre più riguarderanno la costituzionalità di discipline più sfavorevoli rispetto al passato. Si configurano quindi riduzioni in riferimento a forme di protezione disposte per ragioni di omogeneità di trattamento (nell'ottica quindi dell'eguaglianza verso il basso) così come difficoltà legate all'eventuale insufficienza, viceversa, dei livelli esistenti di protezione rispetto ai minimi costituzionalmente necessari⁵⁴¹.

⁵⁴¹ V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali in Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2 aprile 2001, p.117.

CAPITOLO TERZO

IL SUPERAMENTO DELLE VISIONI TRADIZIONALI DELLE RELAZIONI INTERORDINAMENTALI: LA SENTENZA 13 NOVEMBRE 2008

3.1. RICOSTRUZIONE DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE EX. ARTICOLI 36 E 37 COSTITUZIONE

La Costituzione considera i lavoratori ed i datori di lavoro alle stregua di due controparti che si fronteggiano, ed in ragione di tale assunto li inserisce in due distinti sistemi di tutela⁵⁴².

In particolare, dalla lettura congiunta degli articoli 35, 1, 3.2, e 36 Cost. sarebbe possibile ricavare il principio di favor che la Costituzione riserva al lavoratore rispetto al datore di lavoro. Il lavoratore viene ritenuto contraente debole del rapporto di lavoro, colui che trae i mezzi per sostenere sé e la propria famiglia esclusivamente prestando la propria forza lavoro in cambio di un salario, circostanza che dunque lo pone in una condizione di subalternità economico-sociale⁵⁴³. Alla luce della lettura fornita dalla Corte costituzionale, nel concetto di *lavoratore* ricade non solo la categoria dei lavoratori subordinati, ma anche quella dei lavoratori non subordinati che traggono il proprio sostentamento essenzialmente dalla propria attività manuale o intellettuale. In tal senso, prevalendo il lavoro sul capitale, si assume che essi possano essere assimilati alla situazione in cui versano i lavoratori subordinati⁵⁴⁴.

⁵⁴² Sull'esistenza di differenti sistemi di tutela vedere sentenza della Corte costituzionale n. 141/1967, punto 4 della motivazione in diritto.

⁵⁴³ S. BARTOLE e R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 346.

⁵⁴⁴ In riferimento al lavoro artigianale vedere sentenza della Corte costituzionale n. 888/1988. In merito all'impresa familiare, sentenza n. 476/1987, ai lavoratori autonomi dotati di reddito o volume di affari modesto, sentenza n. 65/1999.

3.1.1 Il diritto ad una retribuzione equa ed adeguata ex. art. 36 Costituzione

Il primo comma dell'articolo 36 in materia di retribuzione equa e sufficiente, è stato ritenuto uno dei principi cardine dell'ordinamento giuslavoristico in quanto costituzionalizza un profilo fondamentale del rapporto di lavoro. Sia la dottrina⁵⁴⁵ che la giurisprudenza costituzionale,⁵⁴⁶ hanno ricavato da esso due distinti diritti che al contempo si integrano a vicenda ai fini della concreta determinazione della retribuzione: il diritto ad una retribuzione proporzionale alla qualità ed alla quantità di lavoro svolto ed il diritto del lavoratore ad una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Il canone della proporzionalità è riconducibile alla logica sinallagmatica che vede il contratto di lavoro come contratto di scambio a prestazioni corrispettive; esso deve, inoltre, essere inteso quale garanzia della commisurazione del salario del lavoratore ai coefficienti della quantità (tempo e risultato) e della qualità (esperienza e competenza) del lavoro prestato⁵⁴⁷. Il canone della sufficienza mira a dare rilievo all'elemento soggettivo⁵⁴⁸ delle condizioni di vita del lavoratore e della sua famiglia⁵⁴⁹. Se per un verso la retribuzione non deve scendere al di sotto del livello minimo⁵⁵⁰ ritenuto in un determinato momento storico necessario ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, ciò non implica che la sufficienza sia data da una retribuzione che assicuri il minimo vitale o di sussistenza, ovvero, la mera soddisfazione dei bisogni minimi o immediati, dovendosi garantire, invece, un tenore di vita socialmente adeguato alle esigenze del lavoratore e della sua famiglia⁵⁵¹. In particolare, l'espressione *in*

⁵⁴⁵ T. TREU, *Articolo 36*, in Commentario della Costituzione, I, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1979, p.73.

⁵⁴⁶ Sentenze della Corte costituzionale n. 30/1960, 41/1962, 74/1966.

⁵⁴⁷ BARTOLE e BIN, *op. ult. cit.* p.352. Vedi anche BALDASSARRE, *op. ult. cit.* p.16.

⁵⁴⁸ Per la qualificazione del principio di proporzionalità come canone oggettivo e di quello di sufficienza come canone soggettivo, vedere motivazione in diritto della sentenza della Corte costituzionale n.30 del 1960.

⁵⁴⁹ Il canone della sufficienza costituisce un criterio di carattere generale che non comporta l'obbligo di meccanismi di adeguamento particolari. «Il legislatore ben può adeguare la retribuzione alle variazioni del costo della vita con interventi adottati di volta in volta senza essere vincolato all'adozione di meccanismi automatici». Sentenza della Corte costituzionale n. 43 del 1980. Vedere anche sentenza della Corte costituzionale n. 34 del 1985.

⁵⁵⁰ Sentenza della Corte costituzionale n. 209 del 1975.

⁵⁵¹ Vedere sentenza della Corte Costituzionale n. 286 del 1987 considerando che per la giurisprudenza costituzionale la pensione di vecchiaia costituisce una forma di retribuzione differita nel tempo.

ogni caso, letta congiuntamente al principio solidarista che informa il contenuto dell'intera Costituzione, induce a considerare il criterio della sufficienza quale parametro minimo e invalicabile della controprestazione retributiva ed in quanto tale legittimante deroghe a quello di stretta corrispettività⁵⁵².

Dello stesso avviso è stata anche la Corte costituzionale che, a partire dalla sentenza n. 30/1960 ha ritenuto che il corrispettivo dovuto al prestatore d'opera possa essere correlato alla situazione personale del medesimo: «*Poiché la retribuzione, di una certa misura, può essere sufficiente per le esigenze della vita di un lavoratore non avente familiari a carico, ma non esserlo nell'ipotesi contraria*»⁵⁵³. D'altronde, tale tipologia di ragionamento giuridico sottende, quella che fu la ben precisa scelta dei padri costituenti di conformare l'ordinamento giuslavoristico ai principi costituzionali dell'eguaglianza sostanziale ex. art. 3.2 Cost., al principio solidaristico, nonché a quello pluralista nella forma delle garanzie di tutela previste per le formazioni sociali e *in primis* per la famiglia, primo aggregato sociale in cui si svolge la personalità umana. In sede costituente questa impostazione venne accolta a seguito di un acceso dibattito, animato, in particolare da quanti, ancorati ad una concezione formale del principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro, sostenevano che le deroghe al principio di corrispettività andassero a violare il principio di non discriminazione nella forma della pari retribuzione a parità di lavoro prestato⁵⁵⁴. Dal canone della proporzionalità, parte della dottrina ha, inoltre, ricavato quale *corollario necessario*, il principio della parità di retribuzione a parità di lavoro, osservando come sia l'articolo 36 che 37 Cost., sanciscano il principio di eguaglianza retributiva: l'uno in via indiretta per il tramite del principio di proporzionalità, l'altro direttamente, attraverso il divieto di discriminazioni sulla base del sesso e dell'età⁵⁵⁵. In senso contrario si è, invece, espressa la giurisprudenza costituzionale in riferimento al lavoro privato⁵⁵⁶. Rispetto al pubblico impiego è,

⁵⁵² BARTOLE E BIN, *op. ult. cit.* p.354 e TREU, *op. ult. cit.* p.72.

⁵⁵³ Sentenza della Corte costituzionale n. 30 del 1960. In tema di derogabilità del criterio di stretta corrispettività in ragione di quello di sufficienza vedi pure sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 1962.

⁵⁵⁴ Cfr. intervento On. Colitto nella seduta del 10 maggio 1947, Atti Assemblea Costituente, Resoconto discussione Progetto di Costituzione, 10 maggio 1947, p. 3802.

⁵⁵⁵ TREU, *op. ult. cit.* p.89.

⁵⁵⁶ Sentenze della Corte Costituzionale n. 30/1960, 41/1962, 75/1964.

invece, radicata l'opinione che la parità di trattamento dei pubblici dipendenti sia ricavabile dall'articolo 97 Cost. per come attuato dall'articolo 45 del dlgs. 29 del 1993⁵⁵⁷.

Si deve tuttavia osservare come, se per un verso entrambi i canoni anzidetti di cui all'articolo 36 Cost. concorrono alla determinazione di quella che debba essere la retribuzione proporzionale e sufficiente, nulla di preciso viene detto in Costituzione ai fini di una definizione più dettagliata di tali criteri.

In sede costituente non venne accolto l'emendamento proposto dagli onorevoli Bibolotti e Bitossi che prevedeva la fissazione legislativa del salario minimo. Di contro, prevalse la posizione di quanti non volevano modificare la formulazione dell'articolo già approvata dalla Prima e dalla Terza Sottocommissione, nonché dalla Commissione dei Settantacinque. Tra questi, vi fu l'onorevole Gronchi che, dopo avere constatato come la disciplina di tale materia fosse estremamente varia e diversa in relazione ai differenti settori produttivi, sostenne che la fissazione del salario minimo dovesse spettare alla contrattazione collettiva e non alla legge⁵⁵⁸.

L'immediata efficacia precettiva dell'articolo 36 Cost. ha consentito alla giustizia ordinaria di dichiarare nulle le clausole contrattuali che prevedevano trattamenti salariali inferiori al minimo previsto dai contratti collettivi aventi efficacia *erga omnes*.

In conformità con quanto stabilito dall'articolo 2099 del Codice civile, la magistratura, chiamata fin dagli anni Cinquanta del Novecento ad integrare il mancato accordo salariale tra le parti, al fine di determinare il valore di mercato della prestazione lavorativa, ha considerato come riferimento le tariffe salariali di fonte collettiva. L'applicazione contemporanea della determinazione giudiziale⁵⁵⁹ della retribuzione salariale in forza dell'articolo 2099 c.c., e del principio di retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost., hanno costituito l'intervento più

⁵⁵⁷ Ora Dlgs 165/2001. Vedi anche sentenza della Corte costituzionale n. 309/1997.

⁵⁵⁸ Intervento On. Gronchi nella seduta del 10 maggio 1947, Atti Assemblea Costituente, Resoconto discussione Progetto di Costituzione, 10 maggio 1947, p. 3809.

⁵⁵⁹ «In assenza di una legislazione alternativa dell'articolo 39 e di qualsiasi norma legale determinatrice della retribuzione, [...] la valorizzazione giurisprudenziale della sua operatività apparve come l'unica via praticabile per rispondere all'esigenza, acuita dalla crescente debolezza sindacale, di assicurare ai lavoratori una protezione salariale minima e insieme come una soluzione, che, per il suo carattere di supplenza transitoria extralegislativa, non pregiudicava il perseguimento di sempre sperate sistemazioni organiche del problema tramite la contrattazione collettiva *erga omnes*». TREU, *op. ult. cit.* p.79.

significativo nel processo di estensione dei contratti collettivi per quanto attiene il profilo retributivo⁵⁶⁰.

Autorevole dottrina ha espresso forti riserve circa l'approccio giudiziale alla determinazione del salario minimo: esso realizzerebbe una politica del diritto ibrida, a metà strada tra i modelli normativi sui minimi non differenziati per qualifiche e per categorie produttive, ed il modello ad efficacia generale dei contratti collettivi. La giurisprudenza sull'articolo 36 Cost. parteciperebbe parzialmente ad entrambi i modelli applicandoli in modo diverso a seconda delle ideologie giudiziarie, delle condizioni ambientali e delle sollecitazioni concrete pervenute al giudice.

La valutazione caso per caso operata dalle corti di merito, avrebbe così impedito la formazione di un corpo compatto di precedenti, in grado di orientare l'attività negoziale privata, producendo come conseguenza l'indebolimento della stessa protezione dei redditi operai più bassi.⁵⁶¹

3.1.2 La legislazione attuativa dell'articolo 37 Cost. e la ratio della previsione di differenti requisiti anagrafici legati al genere ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia

Il lungo percorso che a partire dai dibattiti in sede costituente ha gradualmente consentito di giungere verso forme sempre più elevate di tutela in materia di lavoro femminile, è stato caratterizzato da una notevole tensione tra istanze volte alla difesa del principio di parità e spinte dirette alla garanzia delle specificità delle condizioni del lavoro femminile.

Nel prevedere che la donna ha gli stessi diritti e a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore, l'articolo 37 Cost. si inserisce nel solco tracciato nella prima parte della Costituzione dall'articolo 3, in materia di eguaglianza formale, nonché nell'alveo di tutele garantito dall'articolo 35 Cost.,

⁵⁶⁰ BARTOLE e BIN, *op. ult. cit.* p. 390. Vedere sentenze Corte di Cassazione C- 1987/502, 1989/927, 1994/5423.

⁵⁶¹ TREU, *op. ult. cit.* p.87. L'autore, dopo avere messo in luce le difficoltà che comporterebbe l'elaborazione di una normativa sui minimi retributivi, si esprime in favore della fissazione di un salario minimo nazionale intercategoriale.

in cui si afferma che la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni.

Il secondo capoverso dell'articolo 37 Cost., sottolineando come le condizioni di lavoro debbano consentire l'adempimento della essenziale funzione familiare ed assicurare alla madre ed al bambino una speciale protezione, parte dall'assunto che, la condizione di svantaggio in cui le donne vertono in ambito lavorativo, costituisca il fondamento delle situazioni di sfavore che esse vivono nella più complessa dimensione pubblica e sociale. Da qui la loro inclusione nelle categorie sottoprotette alle quali si riferisce la direttiva dell'articolo 3.2 Cost. in materia di eguaglianza sostanziale.

La norma, indirizza il legislatore a realizzare interventi strutturali in grado di favorire la conciliazione tra attività di lavoro e funzione familiare, superando in ciò il rapporto tradizionale di subordinazione sostanziale esistente tra il primo ed il secondo ruolo, e ciò a prescindere dal fatto che la maternità sia inserita in un contesto familiare legittimo o di fatto⁵⁶².

La formulazione definitiva dell'articolo 37 Cost., a cui pervennero i Padri Costituenti, si pone su un piano di netta rottura rispetto a quella che fino a pochi anni prima era stata la politica legislativa e contrattuale accolta dal Fascismo⁵⁶³.

Le esigenze di politica demografica avevano, infatti, condotto il regime a sostenere una linea di sistematica sottoretribuzione del lavoro femminile a cui si affiancava l'esclusione delle donne dalla partecipazione a concorsi pubblici o, spesso, la limitazione dei posti che esse potevano ricoprire nelle pubbliche amministrazioni⁵⁶⁴. In sede di dibattito costituente, l'Assemblea, avendo preso consapevolezza della forte tendenza alla marginalizzazione del lavoro femminile in atto nel nostro paese, ritenne opportuno dedicare un intero articolo al principio di parità in ambito lavorativo.

Oggetto di un acceso confronto fu l'attributo *essenziale*, associato al concetto di *funzione familiare* che la donna è chiamata a svolgere. A favore, si espressero i

⁵⁶² T. TREU, *Articolo 37*, in Commentario della Costituzione, I, G. BRANCA, (a cura di), Bologna, 1979, p.150-152.

⁵⁶³ Vedi M. V. BALLESTRERO, *Occupazione femminile e legislazione sociale*, Riv. giur. lav., I, 1976, p.659-665.

⁵⁶⁴ R.d. 28 novembre 1933 n. 1554.

deputati della Democrazia Cristiana, Teodoro Bubbio e Maria Federici,⁵⁶⁵ mentre le sinistre vi si schierarono contro proponendone la soppressione.

In particolare presero posizione Umberto Calosso del Partito Socialista dei lavoratori italiani, ed i socialisti Gaetano Barbareschi e Angelina Merlin. L'onorevole Merlin definì il concetto di funzione essenziale come pleonastico e superato dalla realtà economico sociale che ormai non consentiva più di circoscrivere le attività a cui le donne si dedicavano al solo ambito familiare⁵⁶⁶.

Ampio spazio venne dedicato anche al ruolo che la donna è chiamata a svolgere nel contesto familiare in quanto madre. Da qui l'emendamento proposto dagli onorevoli del Psli, Giovanni Persico,⁵⁶⁷ Arrigo Cairo, Roberto Tremelloni e Giovanni Ernesto Caporali, volto a fare seguire alla "funzione familiare", le parole, "e dei suoi doveri di madre". A loro avviso, tali parole sarebbero state più efficaci rispetto all'esplicito riferimento alla "funzione materna", espressione tanto cara agli esponenti della Democrazia Cristiana⁵⁶⁸. Entrambe le proposte vennero spiazzate dall'emendamento presentato da un gruppo di deputate di sinistra⁵⁶⁹ a favore della proposizione "ed assicurare alla madre ed al fanciullo una speciale protezione", espressione che l'Assemblea modificherà sostituendo la parola "fanciullo" con quella di "bambino". Ma il principale obiettivo che il primo comma dell'articolo 37 Cost. si propone di raggiungere, è di porre fine alle discriminazioni fondate sul pregiudizio dell'inferiorità delle prestazioni lavorative delle donne attraverso la previsione di pari retribuzione a parità di lavoro.

⁵⁶⁵ «Io credo che appartenga all'esperienza di tutti, [...] che la donna dispieghi all'interno della famiglia un complesso grandioso di attività, il cui valore è notevolissimo anche dal punto di vista economico». Intervento On. Maria Federici, Atti Assemblea Costituente, Seduta 10 maggio 1947, p. 3814.

⁵⁶⁶ «Se i redattori dell'articolo proposto non hanno voluto dare alla parola alcun significato particolare, si sopprima come uno dei tanti pleonasmii che infiorano la nostra Costituzione. E si sopprima pure, se i redattori hanno voluto usare quel termine con il significato limitativo che noi gli attribuiamo e che consacrerrebbe un principio tradizionale, ormai superato dalla realtà economica e sociale, il quale circoscrive l'attività della donna nell'ambito della famiglia». Intervento On. Angelina Merlin, Atti Assemblea Costituente, Seduta 10 maggio 1947, p. 3816.

⁵⁶⁷ «Non aderisco alla proposta della onorevole Federici di aggiungere la parola "materna" a "familiare". Sono due specie di attività diverse. L'attività, la funzione familiare può essere, infatti, esercitata sia dalla moglie senza figliuoli, sia dalla sorella. Non dimentichiamo quante volte in una famiglia la sorella maggiore è la vera madre, la vera direttrice della casa [...]». Intervento On. Giovanni Persico, Atti Assemblea Costituente, Resoconto seduta, 10 maggio 1947, p. 3817.

⁵⁶⁸ Vedi interventi On. Maria Federici e On. Teresa Mattei in Atti Assemblea Costituente, Seduta, 10 maggio 1947, p. 3819-20.

⁵⁶⁹ Si trattava delle deputate comuniste Nadia Gallico Spano, Leonilde Iotti, Teresa Noce Longo, Teresa Mattei, Angela Minella, Elettra Pollastrini, Maria Maddalena Rossi, Rita Montagnana, Adele Bei e dalla socialista Angelina Merlin.

Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, l'inciso "a parità di lavoro" fu frainteso⁵⁷⁰ ed applicato in modo parziale dalla contrattazione collettiva, propensa a prefigurare tabelle salariali distinte per uomini e donne, nel presupposto del minore rendimento e del maggiore costo del lavoro femminile⁵⁷¹.

Il richiamo al rendimento restava ambiguo, ma si spiegava storicamente come soluzione di compromesso che, se per un verso, lasciava alla parte imprenditoriale la possibilità di un controllo limitativo sul pari valore del lavoro femminile, dall'altra, permetteva di fare procedere una tendenza contrattuale diretta all'obiettivo dell'eguale valutazione del lavoro femminile.

In realtà, l'ancorare la pari retribuzione delle donne ad un elemento valutativo come il rendimento, costituiva una deroga diretta della regola di eguaglianza nel significato minimo ad essa generalmente riconosciuto, in quanto introduceva una differenziazione presuntivamente e generalmente fondata sul sesso⁵⁷².

Tale impostazione venne superata grazie all'Accordo Interconfederale del 16 luglio 1960⁵⁷³ che consentì di pervenire ad un graduale superamento dei differenziali basati sul sesso ed all'introduzione di un inquadramento unico fondato sulle categorie professionali⁵⁷⁴. Siffatto indirizzo verrà successivamente recepito nell'articolo 2 della Legge 903/1977 sulla parità di trattamento tra uomini

⁵⁷⁰ A giustificazione di tale interpretazione, è stato portato il dibattito in sede costituente sull'opportunità di fare seguire all'espressione "a parità di lavoro" quella "e a parità di rendimento". Tale proposta contenuta negli emendamenti degli onorevoli democristiani Gabrieli e Cortese venne ritirata dagli stessi, nel presupposto che il concetto di parità di rendimento venisse assorbito in quello di parità di lavoro. Vedi interventi On. Guido Cortese, On. Mario Cingolani e On. Emilio Paolo Taviani in Atti Assemblea Costituente, Seduta 10 maggio 1947, p.3811 e 3818-19.

⁵⁷¹ Così affermato in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, p. 363. i quali presumibilmente lo desumono dai documenti di contrattazione collettiva degli anni Cinquanta.

⁵⁷² TREU, *op. ult. cit.* p.179.

⁵⁷³ Vedi BALLESTRERO, *op. ult. cit.* p.668 e 672. L'autrice sottolinea come l'accordo andò a realizzare il principio di parità solo in riferimento alle lavoratrici addette a lavori tradizionalmente maschili e per le impiegate di I categoria.

⁵⁷⁴ Altra importante conquista conseguita negli anni Sessanta in termini di parità di diritti, si ebbe con la legge 27/1969. Sulla scia di quanto previsto dalla legge 860/1950 per le donne gestanti o madri, tale normativa fissò il divieto a carico dei datori di lavoro di licenziamento per causa di matrimonio e sancì, inoltre, che dovessero considerarsi nulle le clausole di qualsiasi genere, contenute in contratti individuali e collettivi, o in regolamenti, che prevedevano la risoluzione del rapporto di lavoro delle lavoratrici in conseguenza del matrimonio. Tali leggi verranno successivamente modificate dalle leggi 1204/1971 e 53/2000 che confluiranno poi nel dlgs. 151/2001.

e donne in materia di lavoro⁵⁷⁵. La legge 903/1977, detta “legge di parità” segna una tappa decisiva nel percorso di attuazione dell’articolo 37 Cost., a cui si pervenne grazie alla spinta propulsiva conseguente all’approvazione delle due direttive comunitarie 75/117⁵⁷⁶ e 76/207⁵⁷⁷.

La legge 903 sancisce la piena eguaglianza formale tra lavoratori e lavoratrici, nonché il divieto di discriminazioni in ordine agli aspetti principali del rapporto di lavoro: costituzione, assegnazione delle qualifiche, retribuzione, progressione della carriera, formazione ed orientamento professionale. L’articolo 1 si applica, come la maggior parte della legge, a tutti i rapporti di lavoro subordinato, sia privato sia pubblico, anche all’infuori della impresa e di natura speciale, compreso il lavoro a domicilio.

Esso comporta un controllo alla stregua del principio di eguaglianza di tutti gli atti e patti rilevanti per la costituzione, lo svolgimento e la cessazione del rapporto di lavoro. Fra gli atti vanno considerati non solo quelli giuridicamente vincolati o dovuti, ma anche quelli costituenti esercizio di poteri in tutto o in parte discrezionali del datore di lavoro⁵⁷⁸.

La legge di parità ha, inoltre, il merito di avere fortemente messo in discussione la tradizionale *ratio* posta a fondamento dell’ampia legislazione protettiva a limitazione del lavoro femminile, che considerava le donne dotate di una minore resistenza alla fatica rispetto agli uomini e quindi bisognose di tutele in ambito lavorativo, sia in senso assoluto, che in relazione alla loro attuale o potenziale maternità. La legge 903 abroga il divieto di adibire le donne a lavori pesanti, ma al contempo, al comma quattro dell’articolo 1, prevede la possibilità di

⁵⁷⁵ «La lavoratrice ha diritto alla stessa retribuzione del lavoratore quando le prestazioni richieste siano uguali o di pari valore. I sistemi di classificazione professionale ai fini della determinazione delle retribuzioni debbono adottare criteri comuni per uomini e donne». Art. 2, Legge 903/1977. Cfr. anche le sentenze della Corte di Cassazione C-1980/2054, 1984/209.

⁵⁷⁶ Direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all’applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, adottata in attuazione dell’articolo 119 del TCE, oggi art.157 TFUE.

⁵⁷⁷ Direttiva 9 febbraio 1976, n.76/207 CEE in materia di attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, in seguito modificata dalla Direttiva 2002/73.

⁵⁷⁸ Come le assunzioni, le scelte di carriera, le modifiche delle mansioni indicate dalla legge ed inoltre, molte decisioni in materia di organizzazione del lavoro e licenziamenti specie collettivi. T. TREU, *Commento all’art.1 legge 9 dicembre 1977 n. 903* in *Le Nuove leggi civili commentate*, I, Padova, 1978, p. 786 ss.

reintrodurlo per lavori particolarmente pesanti. Il divieto di lavoro notturno viene, invece, riferito ad ambiti più circoscritti, ma con la possibilità per la contrattazione di rimuoverlo o di stabilirlo diversamente⁵⁷⁹.

Un'altra significativa innovazione in materia di parità tra lavoratori e lavoratrici, viene stabilita dalla legge 903 all'articolo 4⁵⁸⁰. Tale articolo⁵⁸¹, introduceva per le donne lavoratrici in possesso dei requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia, la facoltà di continuare a prestare la loro opera con gli stessi limiti di età previsti per gli uomini⁵⁸².

In base alla normativa allora in vigore⁵⁸³, *art.2, legge 218 del 1952*, in materia di assicurazione obbligatoria e di diritto alla pensione INPS, gli uomini conseguivano il diritto alla pensione al raggiungimento del sessantesimo anno di età, mentre le donne all'età di cinquantacinque anni⁵⁸⁴. Tali soglie scendevano a cinquantacinque anni per gli uomini ed a cinquanta per le donne nel caso si trattasse di lavoratori non vedenti⁵⁸⁵. La legge 218, nel prevedere due differenti limiti di età ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia, si inseriva nell'ottica delle tutele accordate alla donna dall'art. 37 Cost. per favorire lo svolgimento della sua essenziale funzione familiare. La scelta di differenti

⁵⁷⁹ Vedi articolo 5 della legge 903/1977. TREU, *op. ult. cit.* p.163.

⁵⁸⁰ Pur nell'ipotesi di una "insopprimibile differenza psico-fisica" esistente tra uomo e donna, la Corte di Cassazione con la sentenza 6 novembre 1968, aveva precorso di ben dieci anni i contenuti a cui la legge di parità sarebbe poi approdata. In tale pronuncia la Cassazione annulla la clausola del c. c. n. l. 23 giugno 1961 che, senza effettuare alcuna valutazione sull'attitudine al lavoro della lavoratrice, riconosceva la facoltà all'azienda di risolvere il rapporto di lavoro della donna una volta raggiunti i 55 anni di età. In Riv. giur. lav. 1968, II, p.679. Vedi anche S. SCIARRA, *Commento all'art. 4 legge 9 dicembre 1977 n. 903*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, I, Padova, 1978, p. 804, D. MORGANTE, *Età di collocamento a riposo e di pensionamento e parità di sessi*, Rivista giur. lav., I, 1970, p. 391, B. BRACCO, Riv. giur. lav., III, 1977, p. 325.

⁵⁸¹ L'articolo 4 della legge 903 del 1977 è attualmente confluita nel Codice delle pari opportunità dlgs 198/2006.

⁵⁸² Vedere art. 4 comma 1, della legge 903 del 1977.

⁵⁸³ R.d.l. 14 aprile 1939, n.636, convertito con modificazioni in legge 6 luglio 1939 n.1272 modificato ed integrato dalla legge 4 aprile 1952 n. 218, in particolare art.2.

⁵⁸⁴ Tale articolo è stato ritenuto contenere una norma discriminatoria per le donne «[...] Perché il non avere a disposizione altri cinque anni di attività lavorativa (come l'uomo) si traduceva in una immediata perdita economica corrispondente al minore importo della pensione di vecchiaia rispetto alla retribuzione, sia perché l'interruzione anticipata dell'attività lavorativa veniva a ridurre la possibilità di raggiungere il massimo della carriera conseguendo ulteriori benefici retributivi e contributivi». B. BRACCO, *op. ult. cit.*, p.321.

⁵⁸⁵ Vedere art. 9 legge 218 del 1952. Per i lavoratori di miniere, cave e torbiere che fossero stati addetti per almeno quindici anni al lavoro sotterraneo, il diritto alla pensione si conseguiva all'età di cinquantacinque anni in base a quanto previsto dall'art.1, legge 3 gennaio 1960 n.5. Per i coltivatori diretti, mezzadri e coloni, il diritto alla pensione si conseguiva all'età di 65 anni per gli uomini e di 60 per le donne in base a quanto previsto dalla gestione speciale disciplinata dalla legge 26 ottobre 1957, n.1047.

requisiti anagrafici era, inoltre, riconducibile ad alcuni giudizi di valore connessi alle attitudini psico-fisiche femminili.

In quegli anni era generalmente condivisa l'idea che, una volta superata una data età, le donne fossero soggette ad una maggiore usura fisica rispetto agli uomini, nonché esposte ad una particolare difficoltà di resistenza e di rendimento proprio in dipendenza della loro diversità fisiologica⁵⁸⁶.

Tale visione era suffragata sia dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁸⁷ che da quella di legittimità⁵⁸⁸. Prevedendo per le donne la facoltà di optare per il proseguimento dell'attività lavorativa oltre il limite anagrafico necessario al conseguimento del diritto alla pensione, l'articolo 4 della legge di parità segna un momento di rottura rispetto alla tradizione normativa e giurisprudenziale che si era consolidata tra gli anni Sessanta e Settanta. Il legislatore del '77 intende così adeguarsi alle mutate realtà sociali e riconosce che alla base della scelta delle donne circa il proseguimento o meno del proprio rapporto di lavoro, vi possano essere degli

⁵⁸⁶ F.P. ROSSI, *Voce "Pensione (dir. priv.)"*, Enc. Dir. Vol. XXXII, Milano, 1982, p.912 e Cass. sez. lavoro, 23 maggio 1978, n. 2574 in Riv. it. Prev. Soc., 1979, p. 275.

⁵⁸⁷ «L'accertamento di particolari attitudini che rendano più o meno idonei i cittadini dell'uno o dell'altro sesso a determinati uffici pubblici vale e per gli uomini e per le donne. Così non si potrebbe negare, a priori, la legittimità costituzionale di una norma che dichiarasse i cittadini di sesso femminile esclusivamente adatti o più particolarmente adatti a determinati uffici o servizi pubblici». Motivazione in diritto sentenza Corte costituzionale n. 56/1958 in materia di limitazioni alla partecipazione delle donne nei collegi giudicanti delle Corti D'Assise. La Corte costituzionale ha poi dichiarato che i differenti requisiti anagrafici previsti ai fini del conseguimento del diritto a pensione si giustificano con l'esigenza di tutelare l'essenziale funzione familiare della donna: «[...] Il fatto di potere utilizzare le prestazioni della donna fino a 55 anni, piuttosto che fino a 60, tenendo conto della costituzione, della capacità, della resistenza a particolari lavori faticosi, del rendimento e di altri fattori, che si compendiano nel termine attitudine, importa una valutazione tecnica, normalmente consentita al legislatore» ed ancora «La norma costituzionale [art. 37 Cost.] non afferma soltanto questa parità, ma intende altresì salvaguardare l'essenzialità della funzione familiare della donna. Perciò, rimette al legislatore il potere di fare alla donna un trattamento differenziato, stabilendo condizioni di lavoro che le permettano di curare gli interessi familiari. La Corte ritiene che rientri fra questi poteri, sia pure in modo indiretto, anche quello di limitare nel tempo il periodo in cui la donna venga distratta dalle cure familiari e di consentire che, giunta ad una certa età, essa torni ad accudire esclusivamente alla famiglia, con l'apporto anche di quella pensione che le spetta. L'art. 37 fa espressamente una riserva di legge per il limite minimo di età per il lavoro salariato della donna; e le ragioni che suffragano tale riserva possono, quanto meno in parte, valere per la fissazione di un limite massimo di età in connessione con l'assicurazione generale obbligatoria». Punti 3 e 4 del considerato in diritto sentenza n. 123/1969. Vedi anche punto 2, considerato in diritto sentenza n. 137/1969.

⁵⁸⁸ «Non è la diversità di sesso come tale che viene posta a base della disparità di trattamento per il pensionamento, ma sono le reali ed obiettive diverse realizzazioni e capacità lavorative della donna che, in via generale, ma non perciò meno aderente al pratico riscontro della vita, vengono assunte a valutazione unitaria per il minore impegno lavorativo e quindi per l'esigenza di anticipato riposo posti a base della norma sul pensionamento al 55° anno di età». Cass. Sez. lavoro, 23 maggio 1978 n.2574, in Riv. it. prev. soc., 1979, p. 275.

interessi diversi⁵⁸⁹. Da quanto esposto è possibile osservare come il principio di parità tra uomo e donna in ambito lavorativo sancito dall'articolo 37.1 Cost. sia stato nel tempo oggetto di differenti interpretazioni che hanno tenuto conto dei mutamenti avvenuti nell'organizzazione del lavoro e negli assetti economico-sociali del nostro paese.

In particolare, a partire dal periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore della Costituzione si afferma l'idea che il principio di parità di trattamento in ambito lavorativo tra uomo e donna, così come l'accesso al diritto alla pensione di vecchiaia possa essere limitato in relazione al sesso dell'individuo.

Il sesso non viene considerato in quanto tale, ma quale criterio astrattamente idoneo a giustificare delle distinzioni normative motivate sulla base delle particolari condizioni fisiche e fisiologiche che caratterizzano le donne e per questo giudicate ragionevoli, almeno in una prima fase, dal giudice delle leggi.

Tali limiti sono stati accolti in via attuativa dell'articolo 37 Cost. In tal senso la Corte ha considerato ragionevoli le valutazioni discrezionali effettuate dal legislatore allo scopo di fissare differenti requisiti anagrafici ai fini del conseguimento del diritto a pensione.

Una parte della dottrina⁵⁹⁰ ha, già all'inizio degli anni Settanta, giustamente invitato a riflettere sulla validità del concetto di facoltà attitudinaria dell'uomo e della donna.

Se è innegabile come a tali categorie sia stato riconosciuto pieno diritto di cittadinanza nel diritto del lavoro italiano in quanto costituenti parte integrante della tradizione culturale e giuridica del nostro paese, altro discorso è attribuirvi un crisma di scientificità, facendole assurgere a criterio discriminatorio nell'ambito di normative come la legge 218/1952 aventi un ampio ambito soggettivo di applicazione. Se per attitudine al lavoro si intende quell'insieme di fattori che coinvolge la costituzione fisica, le capacità individuali, la resistenza al lavoro ed il rendimento, pare corretto ipotizzare che essa risulti strettamente correlata innanzitutto alla natura del lavoro svolto, ed in secondo luogo al sesso.

⁵⁸⁹ SCIARRA, *op. ult. cit.*, p. 803 e V. GIORGI, Riv. it. prev. soc., 1978, p.22.

⁵⁹⁰ D. MORGANTE, *op. ult. cit.*, p.386 e ss. L'autore evidenzia come attraverso l'articolo 37 Cost. sia stata introdotta una limitazione alla discrezionalità del legislatore -oltre che a quella della autorità amministrativa ed alla autonomia negoziale- proprio al fine di garantire la parità giuridica della lavoratrice che dall'esercizio di tali potestà potrebbe essere menomata.

Quanto meno i due criteri avrebbero dovuto essere considerati in modo cumulativo, senza lasciare spazio, come accadde a partire dal 1939 in riferimento al regime INPS, esclusivamente a quello del sesso.

Tali riflessioni hanno condotto ad una sferzante critica della impostazione seguita dalla Corte costituzionale nella sentenza n.123 del 1969, in cui il precoce decadimento fisico e l'invecchiamento fisiologico femminile sono state considerate come situazioni differenti, obiettivamente connesse al sesso e dunque tali da indurre a ritenere biologicamente valido il diverso limite di età fissato per il collocamento a riposo dell'uomo e della donna lavoratori.

Partendo dal presupposto che la premessa del precoce decadimento femminile sia scientificamente provata, sarebbe corretto ipotizzare che nel bilanciamento tra garanzia del principio di eguaglianza e di parità di diritti in ambito lavorativo tra uomo e donna da un lato, e garanzia del diritto alla salute dall'altro, prevalesse il secondo, o meglio fossero previste delle deroghe ai primi. Il punto debole di tale ragionamento sta nel fatto che l'invecchiamento precoce e fisiologico della donna non è mai stato scientificamente provato⁵⁹¹ in nessuno studio, si tratta anzi di uno stadio del ciclo vitale connotato da caratteristiche dipendenti dagli stili di vita, dal fisico dell'individuo e soprattutto dal tipo di lavoro che si è svolto. Secondo tale dottrina, l'errore della Corte costituzionale, sarebbe stato quello di prevedere un criterio di età uniforme per tutte le lavoratrici che non teneva conto della gravità, pericolosità o specialità dell'attività lavorativa svolta. Mentre, infatti, la circostanza del decadimento fisiologico, poggia su un giudizio di valore troppo fragile perché ancorato a retaggi culturali e tradizionali, l'usura e gli attuali o potenziali danni alla salute causati da alcune tipologie di lavoro avrebbero, invece, costituito un più solido criterio su cui fondare delle distinzioni generali di requisiti anagrafici ai fini del collocamento a riposo⁵⁹².

Tali autori hanno osservato come, al legislatore dovrebbe essere consentito porre dei limiti alla fissazione dell'età per il collocamento a riposo, qualora vengano a configurarsi circostanze fattuali in grado di mettere a serio rischio il diritto alla salute ed alla dignità della lavoratrice. Solo la salvaguardia di interessi o beni

⁵⁹¹ In merito vedi l'ampia bibliografia citata in E. GRASSI, *Collocamento a riposo e articolo 37 Cost.: un problema ancora aperto*, Giur. Cost., 1969, p.1720.

⁵⁹² Cfr. GRASSI, *op. ult. cit.*, p.1721.

individuali o collettivi può autorizzare, come accade in questi casi, delle limitazioni alla libertà di autodeterminazione, al diritto al lavoro ed al principio del pari trattamento lavorativo tra uomo e donna⁵⁹³.

Ciò che tale dottrina non prende però in adeguata considerazione è la parte conclusiva della motivazione in diritto della sentenza n. 123/1969, con cui la Corte dichiara che i differenti requisiti anagrafici previsti ai fini del collocamento a riposo dalla legge 218 del 1952, risultano essere funzionali alla garanzia dell'essenziale funzione familiare che la Costituzione riconosce alla donna. Con il pensionamento anticipato, l'ordinamento intenderebbe favorire il completo rientro della donna nel contesto familiare in un momento antecedente a quello fissato per l'uomo, al fine di compensarla- in qualche modo- del doppio carico di lavoro sostenuto nel corso della vita lavorativa.

A tal proposito, altra dottrina ha giustamente fatto osservare come gli obblighi familiari gravanti su una donna di cinquantacinque anni, non presenterebbero quella particolare urgenza e priorità che traspare dalle parole della Corte. Anzi "il forzato" rientro della donna nell'alveo familiare, quando i figli, se li ha avuti, sono ormai indipendenti, costituirebbe un non senso fisiologico, oltre che un grave errore psicologico, in quanto contribuirebbe ad emarginare la donna, facendola sentire alla stessa età più vecchia dell'uomo⁵⁹⁴. Altro grave problema è dato dal fatto che una volta uscita dal mercato del lavoro in età adulta, la donna, incontra notevoli difficoltà a reinserirsi, finendo il più delle volte ad alimentare la piaga del lavoro nero. Saranno proprio queste considerazioni ad accendere il dibattito che negli anni successivi porterà all'approvazione della legge di parità ed alla scelta di optare per una soluzione compromissoria volta a riconoscere alla donna la facoltà di scegliere quando andare in pensione. Tale legge è stata a ragione considerata da autorevole dottrina quale prima azione positiva con cui lo stato ha inteso

⁵⁹³ MORGANTE, *op. ult. cit.* p.390. ss. In particolare p. 399 in cui l'autore osserva come l'articolo 9 del r.d.l. 14 aprile 1939 n.636 fu dettato da ragioni di carattere sociale e occupazionale. «Con l'anticipato allontanamento degli anziani dal lavoro veniva favorita l'immissione dei giovani nei posti lasciati vuoti». In senso conforme si è espressa qualche anno dopo Maria Vittoria Ballestrero, la quale ha, inoltre, acutamente messo il rilievo come il pensionamento anticipato andasse a tradursi in un notevole risparmio di spesa pubblica, in quanto consentiva *il riciclaggio della lavoratrice anziana in funzione di asilo nido (gratuito) per i nipoti; di assistenza gratuita domiciliare per i vecchi etc.* Ciò permetteva allo Stato ed agli enti locali di risparmiare parte dei fondi necessari al funzionamento di tali servizi sociali. BALLESTRERO, *op. ult. cit.* p.682.

⁵⁹⁴ BRACCO, *op. ult. cit.* p.324.

prevedere degli interventi concreti ai fini dell'attuazione del principio di parità di trattamento in materia di lavoro tra uomini e donne⁵⁹⁵. Negli anni Ottanta la Corte costituzionale muterà quello che era stato l'indirizzo giurisprudenziale da essa sostenuto⁵⁹⁶. Nella storica sentenza n. 137/1986, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 11 della legge 604/1966 (Norme sui licenziamenti individuali) che prevedeva il conseguimento della pensione di vecchiaia e quindi il licenziamento della donna lavoratrice, al compimento del cinquantacinquesimo anno d'età, anziché al compimento del sessantesimo anno, soglia anagrafica prevista per l'uomo.

Viene così confermato dalla giurisprudenza costituzionale quanto già stabilito dalla legge di parità: alla donna è riconosciuto il diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino alla stessa età prevista per l'uomo e le viene assicurata la stabilità del posto di lavoro, ferma restando la possibilità di conseguire su sua scelta, il diritto alla pensione di vecchiaia in un momento precedente.

Interessante ai fini della nostra indagine è il ragionamento giuridico sviluppato in questa pronuncia. Partendo dalla considerazione che l'attitudine al lavoro non abbia un valore statico, bensì dinamico e mutevole in ragione dei tempi, delle condizioni socio-economiche, nonché delle nuove tecnologie la Corte costituzionale fornisce un'interpretazione evolutiva degli articoli 3 e 37 Cost⁵⁹⁷.

A giudizio della Corte, le norme contenute in tali disposizioni non possono, infatti, essere comprese senza tenere conto dei radicali cambiamenti prodotti sul diritto del lavoro da alcune leggi, al tempo di recente approvazione, come lo Statuto dei lavoratori, la legge sulla tutela della maternità, la riforma del diritto di

⁵⁹⁵ «Il generale divieto di discriminazione fra i sessi confermato dall'articolo 1 della legge 903, non pregiudica d'altra parte la possibilità di misure di favore selettivo per le donne dirette a fronteggiare per superarla la loro condizione storica di inferiorità sul lavoro. Misure del genere segnano il passaggio dalla mera garanzia della parità di trattamento formale ad un intervento diretto a promuovere l'eguaglianza sostanziale, secondo l'indicazione dell'articolo 3.2 ». T. T. TREU, *Articolo 37*, in *Commentario della Costituzione*, I, G. BRANCA (a cura di), Bologna, 1979, p.166-167.

⁵⁹⁶ La Corte muta avviso rispetto a quanto previsto in Corte cost. n. 123/1969 e 137/1969.

⁵⁹⁷ «Questa evoluzione, per quanto riguarda la donna lavoratrice, ha inciso profondamente non solo sulle condizioni di lavoro che la riguardano in modo particolare ma anche sull'attitudine lavorativa. La stessa funzione familiare della donna lavoratrice e la stessa funzione di madre hanno ricevuto diversa possibilità di attuazione rendendo maggiormente possibile la compatibilità del loro esercizio e della loro attuazione con l'attività di lavoro, sicché è stata più agevole la distrazione dalle cure familiari e più lungo è diventato il tempo da dedicare al lavoro». Considerato in diritto sentenza n. 137/1986.

famiglia e le leggi sulla scuola⁵⁹⁸. Tali normative hanno il merito di avere favorito una politica di intensificazione dei servizi sociali rendendoli più rispondenti ai nuovi bisogni della vita familiare ed alle esigenze connesse alla conciliazione di tempo libero e tempi di lavoro.

Se a ciò si aggiungono le misure adottate per dare attuazione al principio di sicurezza sociale, nonché quelle previste per garantire il diritto alla salute, risulta possibile rilevare come l'allungamento della durata della vita e dell'età media, insieme al minore tasso di mortalità, abbiano spostato nel tempo l'invecchiamento determinando una maggiore resistenza fisica al lavoro.

Negli anni Ottanta la Corte costituzionale svolge quindi un'azione importante ai fini dell'effettivo riconoscimento della parità di diritti in materia di lavoro tra uomo e donna. Ne è prova anche la sentenza n. 488/1988 con cui il supremo giudice delle leggi dichiara l'incostituzionalità dell'articolo 4 della legge 903/1977 nella parte in cui «*Subordina il diritto delle lavoratrici, in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia, di continuare a prestare la loro opera fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini [...] all'esercizio di un'opzione in tal senso, da comunicare al datore di lavoro non oltre la data di maturazione dei predetti requisiti*»⁵⁹⁹. Tale indirizzo verrà successivamente ribadito più volte dalla Corte costituzionale⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Legge 20 maggio 1970, n. 300, legge 30 dicembre 1971, n. 1204 e leggi 18 marzo 1968, n. 444; D.P.R. 31 maggio 1974, n. 420; L. n. 349/1974; D.L. n. 13/1976.

⁵⁹⁹ Vedi dispositivo sentenza della Corte costituzionale n. 488/1988. In senso conforme anche ordinanze n.703 e 868 del 1988.

⁶⁰⁰ Sentenze della Corte costituzionale n.1106/1988, 371/1989, 134/1991, 503/1991, 404/1993, 296/1994, 345/1994, 64/1996, 335/2000. «Secondo i rilievi già compiuti da questa Corte con le sentenze n. 296 e n. 345 del 1994, l'aver mantenuto per le donne un'età pensionabile più bassa di quella degli uomini costituisce una sorta di *privilegio* per le prime, non in contrasto con l'art. 37 della Costituzione, soggiungendosi che *la lamentata disparità di disciplina, essendo una conseguenza della differenziazione dell'età pensionabile tra uomo e donna, non appare lesiva del principio di uguaglianza*. Né può ritenersi che il pensionamento della donna ad un'età anticipata rispetto a quella dell'uomo sia incompatibile con una eventuale rioccupazione presso la stessa o altra impresa, con la relativa possibilità di cumularne in gran parte il reddito (decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, art. 10)». Punto 4, motivazione in diritto sentenza della Corte costituzionale n. 335/2000. Vedi anche sentenza n. 256/2002 in Mass. giur. lav., 2003, p.45 con nota di A. PILEGGI, *Licenziamento della lavoratrice ultrasessantenne in possesso di requisiti pensionistici e parità tra i sessi*.

3.2. IL CRITERIO DELL'ETA' LEGATO AL GENERE AI FINI DELL'ACQUISIZIONE DEL DIRITTO AL TRATTAMENTO DI QUIESCENZA NEL PUBBLICO IMPIEGO

La dottrina e la giurisprudenza concordano nel riconoscere al trattamento di quiescenza la natura di vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale che si perfeziona nel momento dell'estinzione del rapporto d'impiego o di servizio pubblico, in conseguenza di tale estinzione e nel concorso degli altri presupposti determinati dalla legge.

Quanto all'oggetto del diritto, il trattamento di quiescenza è considerato una forma di retribuzione differita direttamente legata alla natura degli aspetti del lavoro prestato. Alla stregua dei principi contenuti negli articoli 36 e 38 Cost., la Corte costituzionale ha dichiarato che il trattamento di quiescenza al pari della retribuzione in costanza di servizio, deve essere proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato e deve in ogni caso assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, per un'esistenza libera e dignitosa⁶⁰¹. Il compimento dell'età pensionabile nel pubblico impiego, a differenza di quanto avviene nel settore privato, comporta l'automatica risoluzione del rapporto d'impiego⁶⁰².

La prima disciplina per legge del trattamento di quiescenza del personale statale risale al r.d. n.70 del 1895. Essa intendeva la pensione come prosecuzione della retribuzione dopo il termine del servizio attivo e quale compenso della persistenza del rapporto organico con la pubblica amministrazione. Una differenza di età pensionabile tra uomini e donne non ha storicamente caratterizzato, salvo eccezioni relativamente minori, gli ordinamenti pensionistici del pubblico impiego, connotati, a differenza del regime generale INPS- dalla fissazione di requisiti anagrafici uniformi per lavoratori e lavoratrici⁶⁰³. Attualmente tale

⁶⁰¹ Vedi S. PIASCO, *Voce "Pensioni dei pubblici dipendenti"*, Digesto delle discipline pubblicistiche, Vol.XI, p. 54-55 e P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano, 1991, p.363-364. Sulla natura del diritto alla pensione vedi sentenze della Corte costituzionale n. 3/1966, 8/1976, 97/1980. Sulla pensione come retribuzione differita vedi sentenze della Corte costituzionale n. 3/1966, 8/1976, 78/1967, 275/1976, 26/1980, 501/1988.

⁶⁰² M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, p.495 e PIASCO, *op. ult. cit.* p.54.

⁶⁰³ Ad esempio non erano previste differenze di età ai fini del conseguimento del diritto a pensione, per le categorie dei magistrati, cancellieri, presidi, professori di istituti di istruzione secondaria e

regime è costituito come forma di previdenza esclusiva dell'assicurazione generale obbligatoria, ed è disciplinato dal D. p. r. 29 dicembre 1973 n.1092⁶⁰⁴ (Testo unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello stato). A tale forma di previdenza sono soggetti gli impiegati civili e gli operai dello stato, i magistrati ordinari, amministrativi e della giustizia militare, gli insegnanti delle scuole e degli istituti d'istruzione statale, i militari delle forze armate e dei corpi di polizia. Per queste categorie, a decorrere dal primo gennaio 1996 è stata istituita una gestione separata presso l'INPDAP (art. 2,1 Legge 335/1995) e a decorrere dal primo gennaio 1998 vale la disciplina armonizzata al regime generale (Dlgs. n.165 del 1997 come modificato dall'art.59, 12° comma, Legge 449 del 1997).

A tal proposito risulta opportuno ricordare come la riforma pensionistica introdotta dalla Legge 335/95 ha sancito nell'ambito del regime generale INPS il passaggio da un sistema a base retributiva ad uno a base contributiva che prevede un'età pensionabile flessibile⁶⁰⁵. Il diritto alla pensione poteva essere acquisito a 57 anni, ma si poteva continuare a lavorare fino a 65, tale fascia di età era valevole sia per gli uomini che per le donne.

La differenziazione dell'età pensionabile per genere nel regime del pubblico impiego è figlia della assimilazione della disciplina previdenziale del lavoro pubblico a quella della assicurazione generale obbligatoria per la invalidità, la vecchiaia ed i superstiti. Attraverso la riforma Dini del 1995 la disciplina previdenziale del lavoro pubblico e privato è stata, infatti, oggetto di un'operazione di riassetto strutturale volta a riequilibrare nel lungo periodo la finanza pubblica. La connessa differenziazione dell'età pensionabile è avvenuta in due momenti. In base a quanto stabilito dall'articolo 5 del Dlgs 30 dicembre 1992

professori universitari in base a quanto stabilito dal R. d. Lg. 31 maggio 1946, n.511, art.5; R. d. 27 novembre 1924, n. 2367, art.135; R. d. 31 agosto 1933, n.1592, art.110.

⁶⁰⁴ L'articolo 4 del D. p. r 1092 del 1973 prevedeva un'età pensionabile di 60 anni, a fronte della regola generale dei 65 anni, per le sole operaie. Vedi S. GIUBBONI, *Età pensionabile e parità di trattamento previdenziale tra uomini e donne nel lavoro pubblico riformato*, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, XII, 2009, p.969.

⁶⁰⁵ Il montante contributivo individuale, ovvero, la somma di tutte le annualità di contribuzioni accreditabili al lavoratore, deve essere moltiplicato per un coefficiente di trasformazione che tenga conto di vari fattori come la speranza di vita, l'età di pensionamento del soggetto, l'andamento demografico e la variazione del PIL.

n.503⁶⁰⁶ (Riforma Amato) i dipendenti pubblici avevano diritto alla pensione di vecchiaia nell'ambito del regime gestito dall'INPDAP alla stessa età prevista dal sistema pensionistico gestito dall'INPS per le categorie generali di lavoratori, ovvero 65 anni per gli uomini e 60 per le donne⁶⁰⁷.

Qualche anno dopo l'articolo 2 n.21 della legge 8 agosto 1995, n.335 stabilirà che a partire dal 1° gennaio 1996, i dipendenti pubblici di sesso femminile cui fa riferimento detto art.5, n.1 e 2 possono percepire la pensione di vecchiaia a 60 anni⁶⁰⁸.

La legge n.335 ha, inoltre, precisato che ai fini della determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi, in linea con l'articolo 12 della legge 30 aprile 1969, n.153, *si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza dal rapporto di lavoro. L'ultimo paragrafo di detto articolo prevede che la retribuzione come sopra determinata è presa, altresì, a riferimento per il calcolo delle prestazioni a carico delle gestioni di previdenza e assistenza sociale interessate.*

Successivamente, la Legge 23 agosto n. 243 del 2004 (Riforma Maroni) supererà il principio dell'età pensionabile flessibile, per introdurre una diversificazione per genere dell'età di pensionamento di vecchiaia, pari a 60 anni per le donne e 65 per gli uomini. Una volta compiute tali età si acquisiva il diritto alla pensione di vecchiaia se al contempo si era raggiunta un'anzianità contributiva minima di almeno cinque anni. (Vedere articolo 6 e tabella A della Legge 243/2004). La disciplina dell'età pensionabile prevista dalla Legge 243/2004 si doveva applicare a partire dal 2008 ai dipendenti pubblici tenuti a liquidare la propria pensione in base al criterio contributivo⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Tale Dlgs costituisce normativa di dettaglio della legge 23 ottobre 1992 n.421, in materia di regime pensionistico applicabile ai dipendenti pubblici, agli altri lavoratori del settore pubblico ed ai lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico.

⁶⁰⁷ Vedere combinato disposto dell'art. 5,1 e dalla tabella A del Dlgs n. 503/1992.

⁶⁰⁸ P. DE BLASIO, *Il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici, prima e dopo le riforme*, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, III-IV, 1999, p.603e ss, GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 970-972, L. NATALI e P. NATALI, *Divieto di discriminazione di genere e pensione nel diritto comunitario*, Diritto e pratica del lavoro, XXVII, p. III, 2009,.

⁶⁰⁹ Vedi M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005, p. 495 e PIASCO, *op. ult. cit.*, p.55.

3.3. LE ARGOMENTAZIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NELLA SENTENZA 13 NOVEMBRE 2008, C-46/07: CONFERME DI UNA GIURISPRUDENZA CONSOLIDATA, ELEMENTI DI NOVITA' E PROBLEMI APERTI RISPETTO ALL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE

La sentenza della Corte di Giustizia 13 novembre 2008 in causa C 46/07, ha avuto ad oggetto un ricorso della Commissione per inadempimento ex. articolo 226 TCE.

Sulla base di tale ricorso, la Repubblica Italiana è stata accusata di contravvenire agli obblighi derivanti dal Trattato, ed in particolare al principio di parità retributiva tra uomo e donna ex art.141 TCE (oggi 157 TFUE), in ragione del mantenimento in vigore della normativa⁶¹⁰ relativa al regime previdenziale INPDAP, che fissava due distinte soglie anagrafiche ancorate al sesso del dipendente pubblico, ai fini dell'acquisizione del diritto al trattamento di quiescenza. L'emanazione della sentenza e la procedura d'infrazione, sono state precedute da una lunga fase precontenziosa iniziata il 12 novembre 2004 con l'invio di una lettera amministrativa da parte della Commissione. Nella missiva si esprimeva preoccupazione in riferimento alla disciplina del sistema pensionistico INPDAP poiché subordinava l'accesso al diritto alla pensione a criteri differenti per uomini e donne, ponendosi in contrasto con l'articolo 141 TCE. Il 10 gennaio 2005 l'Italia rispondeva con una lettera a cui allegava una relazione predisposta dall'INPDAP. A seguito di uno scambio epistolare tra l'Italia e la Commissione Europea, quest'ultima inviava un parere motivato invitando la Repubblica Italiana ad adeguarsi ai contenuti.

L'Italia, affermando la natura non professionale del regime INPDAP, sottrae tale disciplina agli obblighi di cui all'articolo 141 TCE, il quale ricordiamo impone agli stati la garanzia del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore; motivo per il quale la Commissione ricorre alla Corte di giustizia per inadempimento degli obblighi di cui all'articolo 141 TCE.

⁶¹⁰ Legge 23 ottobre 1992 n.421 e D. lgs 30 dicembre 1992 n.503.

Premesso ciò, il giudizio formulato dalla Corte può essere suddiviso in due momenti logici concatenati: in primo luogo, la Corte indaga sul trattamento di quiescenza INPDAP, allo scopo di verificare se esso appartenga alla categoria dei regimi previdenziali professionali⁶¹¹ e dunque rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 141 TCE.

In tal caso, la normativa che ne prevede il funzionamento, sarebbe tenuta a conformarsi al principio di parità di retribuzione.

Viceversa nell'ipotesi in cui si trattasse di un regime legale⁶¹², la disciplina invocabile sarebbe, invece, quella contenuta nella direttiva 19 dicembre 1978, 79/7 CE (Progressiva applicazione del principio di parità in materia di sicurezza sociale)⁶¹³ che all'articolo 7 ammette deroghe al principio di parità di trattamento sancito dall'articolo 4.

Nella sua decisione la Corte accoglie appieno gli argomenti sostenuti dalla Commissione. *In primis* valuta se la pensione erogata dall'INPDAP costituisca una forma di retribuzione per come intesa alla luce del contenuto positivo dell'articolo 141 TCE e dei criteri individuati in via giurisprudenziale dalla Corte di Giustizia. In base all'articolo 141, comma 2 -sostiene la Corte- per retribuzione si intende il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo. Determinante risulta quindi il criterio dell'impiego⁶¹⁴, ovvero, la constatazione che la pensione sia corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo ex datore di lavoro, così come confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle

⁶¹¹ I regimi previdenziali professionali riguardano singole categorie di lavoratori e sono frutto della contrattazione tra datore di lavoro e parti sociali. Essi sono disciplinati dalla direttiva 24 luglio 1986, 86/378 (Attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale), per come modificata dalla direttiva 20 dicembre 1996, 96/97 CE. Questa normativa è poi confluita nella direttiva 2006/54. È interessante notare come per valutare la natura del regime INPDAP, la Corte di Giustizia si sia basata soltanto sulla sua giurisprudenza in materia di regimi previdenziali ex articolo 141 TCE, ma non abbia affatto menzionato la direttiva sui regimi professionali.

⁶¹² I regimi legali sono quelli istituiti in base a considerazioni di politica sociale, sono obbligatori per categorie generali di lavoratori e non si fondano sulla contrattazione tra parti sociali.

⁶¹³ Ad esempio, risulta preclusa dall'ambito di applicazione della direttiva «la fissazione di limiti di età per la concessione della pensione di vecchiaia» articolo 7, comma 1, lettera A, direttiva 19 dicembre 1978, 79/7 Cee.

⁶¹⁴ La Corte esclude la validità del criterio formale rappresentato dalla circostanza che la disciplina INPDAP sia contenuta in una legge.

sentenze Beune⁶¹⁵, Griesmar⁶¹⁶, Niemi⁶¹⁷ e Schöneit e Becker⁶¹⁸.

Ma al criterio dell'impiego, osserva la Corte, non può essere riconosciuto carattere esclusivo ai fini della qualificazione di un regime pensionistico come professionale, in quanto anche le pensioni corrisposte dai regimi legali previdenziali, possono in tutto o in parte tenere conto della retribuzione della attività lavorativa⁶¹⁹.

A tal proposito la Corte, richiamando nuovamente la sentenza Beune precisa come tuttavia, le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio che hanno avuto o hanno potuto avere un ruolo nella determinazione da parte di un legislatore nazionale, non possono considerarsi prevalenti qualora la pensione, interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati ed abbia un importo calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico⁶²⁰.

Il criterio dell'impiego risulta quindi necessario, ma non sufficiente a qualificare un regime previdenziale come professionale, affinché ciò accada, devono essere soddisfatti anche i summenzionati tre criteri.

A questo punto la Corte analizza ciascuno dei tre criteri al fine di dimostrare che la normativa INPDAP li soddisfa appieno. La difesa italiana si era concentrata in modo quasi esclusivo sull'obiettivo di dimostrare che il regime INPDAP non configurava un regime professionale, bensì un regime previdenziale legale non ricadente nell'ambito di applicazione dell'articolo 141 TCE.

⁶¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia 28 ottobre 1994 in causa C-7-93, punto 43. Tale sentenza deve essere ricondotta al *leading case* in materia, il caso Barber, sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, punto 13 e Ten Oever, sentenza 6 ottobre 1993, causa C-109/91, punti 12 e 13.

⁶¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia 29 novembre 2001 in causa C-366/99, punto 28.

⁶¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia 12 settembre 2002 in causa C-311/00, punto 44.

⁶¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia 23 ottobre 2003 cause riunite C-4/02, 4/05, punto 56.

⁶¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia Beune, 28 ottobre 1994 in causa C-7-93, punto 44, sentenza Griesmar, 29 novembre 2001 in causa C-366/99, punto 29, sentenza Niemi, 12 settembre 2002 in causa C-311/00, punto 46, sentenza Schöneit e Becker, 23 ottobre 2003 cause riunite C-4/02, 4/05, punto 57. In base a quanto stabilito, innanzitutto, nella sentenza Defrenne, 25 maggio 1971, causa C-80/70, punto 7 (e punto 13), la nozione di retribuzione ex. art.141 TCE «Non può essere estesa ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in ispecie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatorie per categorie generali di lavoratori». In senso conforme vedere, sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, Bilka - Kaufhaus, punto 18, Griesmar, punto 27.

⁶²⁰ Sentenza della Corte di giustizia Beune, punto 45.

La Repubblica italiana sottolinea che i limiti di età fissati a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne, risultano uniformemente stabiliti rispetto a quelli previsti per i lavoratori del settore privato, ovvero, sono gli stessi sia per i lavoratori iscritti all'INPS, sia per quelli iscritti all'INPDAP. Tale conformità indicherebbe che la valenza generale da riconoscere al regime a gestione INPS in quanto regime legale, andrebbe estesa anche al regime a gestione INPDAP. La Corte di giustizia, tuttavia afferma che la perfetta conformità delle età pensionabili previste per donne e uomini nei due regimi previdenziali, non è pertinente per la qualificazione della pensione versata ai dipendenti pubblici: questa circostanza viene dunque ritenuta non rilevante e meramente accidentale dal punto di vista giuridico⁶²¹.

L'Italia sostiene, inoltre, che il regime previdenziale dei dipendenti pubblici abbia come destinatari varie categorie di lavoratori non raggruppabili in una sola categoria professionale. A ciò la Corte di giustizia replica⁶²² sostenendo che i dipendenti pubblici costituiscono una categoria particolare di lavoratori. Essi si distinguono dai lavoratori di un'impresa, di un gruppo di imprese, di un comparto economico o di un settore professionale o interprofessionale, soltanto in ragione delle caratteristiche peculiari che disciplinano il loro rapporto di lavoro con lo stato, con altri enti o datori di lavoro pubblici⁶²³. Non viene ugualmente preso in considerazione dalla Corte, l'argomento dedotto dalla parte italiana, secondo cui i dipendenti pubblici non costituirebbero una categoria particolare di lavoratori, in quanto nel regime INPDAP risultano ricompresi anche i lavoratori del settore pubblico allargato ed i lavoratori che in passato avevano prestato servizio per un ente pubblico.

La Corte osserva che la causa da decidere riguarda esclusivamente i dipendenti pubblici, cosicchè nessuna rilevanza ha la considerazione degli altri lavoratori come ulteriore categoria particolare o come facenti parte di una categoria particolare insieme ai dipendenti pubblici. Inoltre, il fatto che un regime pensionistico comprenda non solo i dipendenti pubblici ma anche l'insieme dei dipendenti dello stato, non esclude che la categoria dei dipendenti pubblici possa

⁶²¹ F. DE BARI, *Nota a sentenza 13 novembre 2008*, causa C-46/07, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2009, p. 405.

⁶²² Sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008 in causa C-46-07, punto 40.

⁶²³ In tal senso vedere sentenze della Corte di giustizia Beune, punto 42, Griesmar, punto 31 e Niemi, punto 48.

essere considerata una categoria particolare⁶²⁴.

Per quanto attiene gli altri criteri tratti dalla sentenza Beune, ossia, che la pensione debba essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e che il suo importo debba essere calcolato in base all'ultima retribuzione del dipendente pubblico, la Corte esamina se essi siano soddisfatti di modo che la pensione versata in forza del regime INPDAP, possa essere considerata comparabile a quella che verserebbe un datore di lavoro privato ai suoi ex dipendenti.

A tal proposito la Corte prende atto che la Repubblica italiana nelle memorie difensive depositate ribadisce che la pensione INPDAP tiene conto della media delle retribuzioni percepite nell'ultimo decennio, nonchè dei corrispondenti contributi versati.

Da qui appare chiaro come il regime INPDAP tenendo conto dell'anzianità contributiva soddisfi a pieno il secondo criterio enunciato in Beune. Diversamente, più complessa è risultata essere la verifica del terzo criterio. Mentre in Beune la Corte dichiara che costituisce una retribuzione la pensione che oltre a riferirsi ad una categoria particolare di lavoratori e ad essere funzione degli anni di servizio, abbia un importo calcolato sulla base dell'ultimo stipendio del dipendente pubblico, nella sentenza in commento, i giudici del Lussemburgo dichiarano che il trattamento pensionistico configurante una retribuzione ex. art 141, risulterebbe dalla combinazione dei metodi menzionati nelle sentenze Griesmar, Niemi e Maruko.

In Griesmar⁶²⁵ la Corte considera una forma di retribuzione ex. art. 141, una pensione il cui importo deriva dal prodotto di una percentuale applicata ad un importo base, il quale è costituito dallo stipendio corrispondente all'ultimo coefficiente retributivo applicabile al dipendente pubblico nel corso degli ultimi sei mesi di attività. In Niemi⁶²⁶ la Corte fa riferimento ad una pensione il cui importo è calcolato sulla base del valore medio della retribuzione percepita nel corso di un periodo limitato ad alcuni anni immediatamente precedenti il ritiro dal lavoro. In Maruko⁶²⁷ costituisce una retribuzione, quella pensione il cui importo è

⁶²⁴ Sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008 in causa C-46-07, punto 43.

⁶²⁵ Sentenza della Corte di giustizia Griesmar, punti 33 e 34.

⁶²⁶ Sentenza della Corte di giustizia Niemi, punto 51.

⁶²⁷ Sentenza della Corte di giustizia Maruko, punto 55.

calcolato sulla base di tutti i contributi versati durante il periodo complessivo di iscrizione del lavoratore, ai quali viene poi applicato un fattore di rivalutazione⁶²⁸. Qui il ragionamento della Corte mostra evidenti forzature: in un primo momento viene indicato un criterio unico e secco, quello dell'importo calcolato sulla base dell'ultimo stipendio; in seguito, poiché il meccanismo di calcolo adottato dal sistema italiano tiene conto non già dell'ultima retribuzione percepita, bensì della retribuzione media degli ultimi dieci anni, vengono richiamati casi precedenti dai quali risulta che il criterio in oggetto è stato applicato in modo alquanto elastico, essendosi di volta in volta ritenuta rilevante la retribuzione corrisposta negli ultimi sei mesi (Griesmar), negli ultimi anni (Niemi) e durante tutto il periodo d'iscrizione (Maruko).

L'impressione, in questo come in altri casi, è che la Corte di giustizia abbia piegato alcuni parametri di giudizio all'esigenza di assicurare comunque l'applicazione dell'art. 141 TCE e del principio di parità di trattamento che in esso trova attuazione⁶²⁹. Dopo essere giunta alla conclusione secondo cui il trattamento di quiescenza INPDAP costituisce una forma di retribuzione, la Corte di giustizia, richiamando la giurisprudenza inaugurata con la sentenza Barber⁶³⁰, dichiara che una normativa che ancora il riconoscimento del diritto alla pensione a differenti soglie anagrafiche legate al sesso del lavoratore, risulta in contrasto con l'articolo 141 TCE. L'argomento sostenuto dall'Italia secondo cui le soglie anagrafiche differenziate per genere sarebbero giustificate dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne, non viene accolto dalla Corte. Essa tiene, invece, a precisare come, sebbene l'articolo 141 al comma 4 consenta il mantenimento o l'adozione di misure che prevedono vantaggi specifici diretti ad evitare o a compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare

⁶²⁸ Sentenza della Corte di giustizia Maruko, 1 aprile 2008, causa C-267/06, punto 55.

⁶²⁹ F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46-07)*, Working paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 83/2009, p.7.

⁶³⁰ «L'art. 119 vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Pertanto, la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per le pensioni versate nel contesto di un regime di deroga convenzionale è in contrasto con l'art. 119, anche se la differenza tra l'età di pensionamento degli uomini e quella delle donne è analoga a quella stabilita dal regime legale nazionale». Sentenza della Corte di giustizia 17 maggio 1990, causa C-262-88, punto 32, a cui hanno fatto seguito le sentenze Moroni, 14 dicembre 1993, causa C-110-91, punti 10 e 20; Avdel Systems 28 settembre 1994, causa C-408/92, punto 11, nonché Niemi, cit., punto 53.

una piena eguaglianza tra uomini e donne, le normative nazionali volte al perseguimento di tali obiettivi, devono essere tali da contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo⁶³¹. A chiusura della motivazione la Corte introduce un'interessante osservazione che configura un elemento di novità rispetto ai casi ascrivibili al filone Barber.

Posto che la previsione di differenti requisiti anagrafici ai fini del conseguimento del diritto alla pensione, costituisce una limitazione del principio di parità retributiva, la Corte effettua un test di proporzionalità volto a verificare se, l'eccezione posta a tale principio sia adeguatamente compensata dai vantaggi che si ripercuotono sulla vita professionale delle donne. A tal proposito la Corte ritiene che «La fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione d'età diversa a seconda del sesso non è tale da compensare gli svantaggi ai quali sono esposte le carriere dei dipendenti pubblici di sesso femminile aiutando queste donne nella loro vita professionale e ponendo rimedio ai problemi che esse possono incontrare durante la loro carriera professionale⁶³²».

E' questo, a nostro avviso, il punto in cui si consuma la più stridente collisione tra ordinamento dell'Unione Europea ed ordinamento italiano in materia di tutela del diritto al trattamento di quiescenza. Tale scontro trae origine dai differenti giudizi di valore posti alla base della rispettive produzioni normative, a loro volta acquisiti dagli orientamenti giurisprudenziali accolti rispettivamente dalla Corte di giustizia e dalla Corte costituzionale. Dalle pronunce della Corte costituzionale analizzate in materia di attuazione del principio di parità tra generi in ambito lavorativo, emerge un'impostazione volta a riconoscere la conformità a Costituzione di normative indirizzate al perseguimento di finalità redistributive, nell'ottica del principio di eguaglianza sostanziale. Partendo dall'assunto che in ambito lavorativo esista una differenza di punti di partenza, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato come la fissazione per via normativa di differenti requisiti anagrafici legati al genere, ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione, ricada nell'ambito di applicazione degli articoli 3 e 37 Cost. La Corte di giustizia, di contro, sviluppa un ragionamento di stampo prettamente economico il

⁶³¹ E' questa l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia (sentenza Griesmar, punto 64) dell'articolo 6,3 dell'Accordo sulla politica sociale, entrato in vigore il 1° novembre 1993.

⁶³² Punto 55, sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008 causa C- 46/07.

quale, attraverso lo strumento del divieto di discriminazioni in base al sesso in ambito retributivo, le consente di pronunciarsi in materia di previdenza sociale, un ambito da sempre precluso al diritto dell'Unione in quanto di stretta competenza nazionale⁶³³.

La previsione di differenti requisiti anagrafici viene considerata dalla Corte costituzionale quale misura compensativa del doppio carico di lavoro sostenuto dalle donne nell'arco della vita lavorativa e dunque un'azione positiva utile a favorire l'adempimento di quella che all'articolo 37 Cost. viene definita come *essenziale funzione familiare* della donna.

In sostanza, il trattamento differenziato troverebbe fondamento nel fatto che, nella nostra società, le donne spesso svolgono un doppio lavoro, nel quale attività professionale e attività di cura a beneficio dei familiari (figli, anziani) si sommano⁶³⁴.

Occorre tuttavia sottolineare che nella sentenza in parola viene da una parte, del tutto trascurata la giurisprudenza costituzionale italiana imperniata sul principio di eguaglianza sostanziale, dall'altra, non risulta di alcuna utilità la stessa giurisprudenza comunitaria in materia di azioni positive a favore della donna in ambito lavorativo⁶³⁵, che rileva nel caso di specie della normativa interna, per il *favor* accordato alla donna lavoratrice nella scelta dell'età pensionabile.

La Corte di giustizia afferma, inoltre, come, il comma 4 dell'articolo 141, debba essere interpretato così da intendere che misure risarcitorie dirette alle donne nella fase del pensionamento, come la previsione di differenti requisiti anagrafici, non possono essere fatte rientrare nelle misure compensative degli svantaggi da loro subiti nella vita lavorativa. La riflessione che sta alla base di tale deduzione pare risiedere nel presupposto secondo cui disparità di opportunità in fase di accesso, svolgimento ed uscita dalla vita lavorativa, non debbano essere intese quali condizioni strutturali, radicate nel tessuto sociale e quindi in qualche modo irreversibili. A tal proposito è stato, infatti, osservato come anche le deroghe ammesse al principio di parità con riferimento all'età, stabilite dalla direttiva 79/7

⁶³³ Cfr. B. GRANDI, *Le interferenze di fatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sul regime pensionistico dei pubblici dipendenti*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009, p. 200.

⁶³⁴ RAVELLI, *op. ult. cit.*, p.10.

⁶³⁵ Vedi il paragrafo 2.6.2 del secondo capitolo.

in materia di regimi previdenziali legali, sono considerate transitorie e richiedono delle valutazioni periodiche degli stati membri volte ad accertarne la giustificatezza⁶³⁶.

La prospettiva, dunque, è quella del progressivo superamento delle differenze tra uomini e donne in materia di età pensionabile, e non il loro mantenimento per un periodo di tempo indefinito⁶³⁷.

La Corte si schiera a sostegno di forme di tutela del lavoro femminile che precedano il momento dell'uscita dal mondo del lavoro, dunque, su percorsi di conciliazione e condivisione rispetto al genere maschile pensati in riferimento all'intero svolgersi della vita lavorativa.

L'idea di fondo è che non si possa perseguire la parità uomo-donna nel mondo del lavoro e nella società con interventi palliativi quali ritiene la Corte siano l'anticipo della pensione a fine carriera o in casi sfortunati a fine vita. La parità deve essere ricercata in ogni fase della carriera e della vita, in quanto parità di opportunità e di scelta⁶³⁸.

Da quanto esposto emergono due visioni completamente distinte circa l'idoneità del parametro dell'età a fondare distinzioni normative che costituiscono requisito per l'accesso al diritto a pensione. Risulta dunque legittimo chiedersi se l'*affirmative action* sia configurabile nella previsione legislativa di una diversa età pensionabile, oppure, se essa risulti maggiormente garantita da una medesima età per entrambi i sessi⁶³⁹. Alla luce degli stimoli pervenuti nei confronti del nostro ordinamento a seguito della sentenza 13 novembre 2008, dottrina italiana⁶⁴⁰ ha messo in evidenza come il panorama normativo nazionale risulti ancora troppo ancorato ad una configurazione delle azioni positive intese essenzialmente in termini di promozione dell'accesso al lavoro, mentre carente sarebbe l'aspetto relativo alla garanzia delle pari opportunità nel corso della carriera lavorativa. Da

⁶³⁶ Articolo 7.2, direttiva 79/7. D'altro canto, la temporaneità è uno dei caratteri insiti nella logica delle *affirmative actions*, a cui, sia l'articolo 7 della direttiva 79/7, sia il quarto comma dell'articolo 141 TCE si ispirano.

⁶³⁷ RAVELLI, *op. ult. cit.*, p. 12.

⁶³⁸ F. PAMMOLLI e N. C. SALERNO, *Corte di giustizia età di pensionamento di vecchiaia per le donne e riforma delle pensioni e del welfare in Italia*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009, p.143.

⁶³⁹ V. PICCONE, *Principio comunitario di eguaglianza, parità retributiva, età pensionabile*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009, p.117.

⁶⁴⁰ PICCONE, *cit.*, p.118.

ciò, il giudizio negativo espresso in merito alla previsione di un criterio differenziato in base al genere per l'accesso alla pensione di vecchiaia, in quanto ricollegabile ad un'idea superata, che identifica il ruolo fondamentale delle donne in seno all'attività familiare e casalinga frustrandone le aspettative di carriera e di effettiva parità, ai sensi dell'art.141 TCE.

Secondo alcuni commentatori,⁶⁴¹ il mantenimento in vigore di tali differenziazioni rischierebbe di pietrificare questa visione dei ruoli tradizionali.

Il mutato contesto socio economico e gli *input* imposti dalla Corte di giustizia, dovrebbero condurre verso lo sviluppo di una seria riflessione volta alla ricerca di strumenti alternativi orientati alla creazione di percorsi d'integrazione che consentano di attuare il disposto degli articoli 3 e 37 Cost., nel presupposto che sia necessario non solo eliminare l'esclusione, ma al contempo facilitare l'inclusione. La medesima dottrina ha suggerito l'opportunità di introdurre misure idonee a favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro delle donne, nonché a responsabilizzare maggiormente gli uomini ai fini della condivisione dei carichi derivanti dal lavoro domestico e familiare.

Potrebbero essere attribuiti *care credits*, ovvero, forme di contribuzione figurativa riconosciute in occasione della sospensione dell'attività di lavoro dovuta alla maternità o all'esigenza di prestare assistenza a favore di familiari non autosufficienti (bambini ed anziani). Ad entrambi i sessi potrebbe poi essere accordata la fruizione di congedi retribuiti rispetto ai quali si potrebbe immaginare l'estensione dell'ambito di applicazione; al contempo potrebbero essere potenziati alcuni servizi pubblici, quali ad esempio gli asili nido, di cui si dovrebbe migliorare il livello di accessibilità.

Se tale impostazione tende dunque in direzione di una neutralizzazione delle misure normative di genere, non si è d'altro canto affievolito il vigore di quegli storici filoni dottrinali che vedono nell'esaltazione delle differenze, la strada maestra da percorrere per raggiungere finalità di eguaglianza sostanziale in ambito lavorativo tra uomini e donne.

A tal proposito, alcuni autori⁶⁴² hanno fortemente criticato le due direttive⁶⁴³ comunitarie sull'attuazione della parità di trattamento tra uomini e donne in

⁶⁴¹ RAVELLI, *cit.*, p. 13

materia di sicurezza sociale, in quanto ritenute troppo legate ad un modello di giudizio fondato sull'eguaglianza formale.

Il modello di eguaglianza configurato dalle direttive poggia sulla classica idea aristotelica secondo cui situazioni uguali devono essere trattate in modo eguale, e situazioni diverse in modo diverso, senza prevedere discriminazioni direttamente o indirettamente fondate sul sesso. In particolare alle donne dovrà essere garantito, fatte salve le eccezioni espressamente consentite, il medesimo trattamento previsto per gli uomini se e quando queste rivestano al pari di questi ultimi la stessa qualità di *popolazione attiva*⁶⁴⁴ così come definita dalle direttive. Di contro, sempre in coerente applicazione della medesima regola di giudizio, le donne saranno assoggettate ad un trattamento diverso, allorché esse svolgano i loro tradizionali ruoli familiari di cura non retribuiti in quanto estranei al mercato del lavoro e non contemplati dalle direttive. Secondo tale dottrina, costituirebbe un grave errore l'aver escluso il lavoro di cura dal dominio del principio di eguaglianza, così come la mancata previsione di misure volte a promuovere la parità di opportunità per gli uomini e per le donne nell'accesso alle prestazioni garantite dai sistemi nazionali o professionali di sicurezza sociale (la maternità è esclusa dal principio di parità di trattamento, così come le prestazioni familiari e per i superstiti). Insomma, la direttiva garantirebbe l'uguaglianza di trattamento solo rispetto ai classici rischi e bisogni maschili di protezione sociale, in quanto connessi al modello *standard* del rapporto di lavoro, tralasciando, invece, i bisogni femminili⁶⁴⁵. Ritornando all'analisi degli argomenti sostenuti dalla difesa italiana, si deve evidenziare come essa abbia posto in scarso rilievo il ruolo svolto dal principio di eguaglianza sostanziale, scegliendo di concentrare i suoi sforzi persuasivi unicamente sull'obiettivo di dimostrare che il regime INPDAP non ha natura professionale, bensì legale.

⁶⁴² M. CINELLI, S. GIUBBONI, F. D. MASTRANGELI, C. A. NICOLINI, *Parità di trattamento dei sessi e sicurezza sociale nelle fonti comunitarie*, Rivista italiana di diritto del lavoro, III, 1997, p. 271. In questo articolo vengono richiamati altri interessanti contributi, tra questi: J. SOHRAB, *Sexing the benefit: women social security and financial independence in EC Equality law*, EUI Thesis, Firenze, 1994, S. FREDMAN, *The poverty of equality: pensions and the ECJ*, Industrial law journal, 1996.

⁶⁴³ Direttive CE 79/7 in materia di regimi previdenziali legali e 86/378 in materia di regimi professionali.

⁶⁴⁴ Articolo 3 direttiva 86/378 e articolo 2 direttiva 79/7.

⁶⁴⁵ CINELLI E A. A. V. V., p.272.

A sostegno di tale tesi la parte italiana richiama, innanzitutto il processo di privatizzazione del pubblico impiego avviato attraverso la Riforma Dini del 1995, che ha attratto il rapporto di lavoro pubblico nella contrattazione collettiva, assimilandolo in tutto ad un rapporto d'impiego privato.

Si è trattato di una progressiva armonizzazione⁶⁴⁶, che ha portato ad uniformare il criterio dell'età previsto nel regime INPDAP ai fini dell'acquisizione del diritto a pensione, nonché la sua organizzazione, alla normativa INPS che ha valenza generale. Da ciò l'Italia ha dedotto che anche all'Inpdap debba essere riconosciuta la natura di regime legale, diversamente, se la differenza di età venisse meno, andrebbero a crearsi nuove discriminazioni tra lavoratori del settore pubblico e del settore privato.

A questo punto, a supporto della sua tesi, la parte italiana avrebbe potuto richiamare l'articolo 3 della legge 8 agosto 1995 in cui è stabilito che «*Le disposizioni della presente legge costituiscono principi fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica*» ed eventualmente lamentare la violazione della dottrina dei controlimiti alle limitazioni di sovranità autorizzate ex. articolo 11 Cost. Ma l'Italia non tocca minimamente queste tematiche, presenta al cospetto dei giudici del Lussemburgo delle argomentazioni deboli e poco convincenti⁶⁴⁷ che non reggono all'impatto delle ragioni della Corte, fondate, come prima si sottolineava, su una *ratio* di natura economica e su giudizi di valore completamente diversi rispetto a quelli che emergono dagli argomenti della parte italiana. L'elemento che la Corte di giustizia individua come rilevante, necessario e sufficiente ad equiparare la pensione a retribuzione e a fare intervenire l'articolo 141 TCE, è la natura previdenziale e non assistenziale della pensione. La pensione è equiparabile ad una retribuzione, non in virtù della prova di una condizione d'indigenza, ma in virtù dello svolgimento di una attività lavorativa comportante il versamento di contributi, indipendentemente dal criterio di rapporto tra carriera retributiva ed ammontare del vitalizio. La pensione è assimilabile ad una retribuzione se essa non configura uno strumento assistenziale, ma è un reddito

⁶⁴⁶ In merito vedere P. SANDULLI, *Età pensionabile e parità donna uomo per i pubblici dipendenti*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009, p.101,

⁶⁴⁷ Vedi C. BUZZACCHI, *In tema di età pensionabile: la parità tra i generi o la tutela della funzione familiare della donna?*, Quaderni costituzionali, 2009, p. 416.

che il lavoratore esplicitamente predispone per la sua quiescenza, mentre è attivo sul lavoro e partecipa, attraverso i contributi suoi e del datore di lavoro ai programmi previdenziali. In questo caso la pensione è un reddito che si guadagna con il lavoro, dunque equiparabile a reddito da lavoro⁶⁴⁸.

3.4. CONSEGUENZE DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA: LE PROPOSTE DI REVISIONE DELLA NORMATIVA INPDAP

La sentenza 13 novembre 2008 ha prodotto degli effetti dirompenti in Italia. Avendo richiesto una modifica della normativa pensionistica INPDAP nel punto in cui stabilisce differenti parametri anagrafici per l'accesso al trattamento di quiescenza, tale pronuncia ha riaperto una polemica mai sopita. Una parte dell'opinione pubblica italiana ha reagito criticando aspramente la decisione adottata dai giudici del Lussemburgo, in quanto la cancellazione della possibilità di pensionamento anticipato per le dipendenti pubbliche, lasciava intravedere il venire meno di una storica previsione normativa, compensativa del maggiore carico lavorativo che incombe sulla donna lavoratrice.

Altri invece, hanno plaudito alla sentenza della Corte di Giustizia sostenendo che ad essa andrebbe riconosciuto il merito di sollecitare l'urgente eliminazione di un criterio da tempo ritenuto discriminatorio.

Criterio che risulta peraltro completamente assente nel panorama normativo dei paesi dell'Unione Europea e discutibile in ragione della circostanza che vede le donne vivere più a lungo ed al contempo iniziare a lavorare più tardi rispetto al passato. Se a ciò va ad aggiungersi il trend sempre più diffuso del proseguimento volontario dell'attività lavorativa anche dopo il pensionamento, si comprende come, in realtà ciò di cui il nostro paese avrebbe estremo bisogno, siano maggiori e migliori provvedimenti di welfare, ovvero, interventi concreti dello stato a sostegno della conciliazione dei tempi di lavoro e di cura della famiglia rivolti alle donne nel corso della vita lavorativa e non in fase di l'uscita dal mercato del

⁶⁴⁸ PAMMOLLI, cit., p.146.

lavoro⁶⁴⁹.

Il dibattito ha coinvolto tutti gli schieramenti politici ed in particolare il governo, che ha ritenuto opportuno affrontare tale problema nell'ambito di un organismo ad hoc. Nel febbraio 2009, con decreto del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione è stata istituita una Commissione di studio⁶⁵⁰ sulla parificazione dell'età pensionabile⁶⁵¹.

Tale Commissione ha avuto il compito di elaborare delle proposte di revisione della normativa INPDAP al fine di ottemperare al giudicato della Corte di giustizia. Le proposte sono poi confluite in una relazione datata 23 febbraio 2009. La prima proposta ha avuto ad oggetto l'elevazione e la parificazione dell'età pensionabile delle lavoratrici del settore pubblico a quella dei lavoratori.

Tale soluzione, a detta della Commissione di studio, avrebbe comportato risparmi di spesa pensionistica, che si sarebbero dovuti considerare in rapporto agli effetti di un rallentamento del turnover occupazionale. Si sarebbe, inoltre, dovuto valutare l'impatto negativo della misura sull'opinione pubblica e, quindi, la sua opportunità politica. Viene dunque considerata la possibilità di stabilire una normativa che espliciti i suoi effetti in modo graduale in riferimento ad un dato arco temporale. Si evidenzia, infine, come in assenza di un analogo intervento sul settore privato, si configuri il rischio di discriminazioni ingiustificate tra lavoratrici INPS e INPDAP.

La seconda ipotesi presa in analisi ha avuto ad oggetto l'estensione ai dipendenti pubblici di sesso maschile della facoltà di accesso alla pensione di vecchiaia all'età di 60 anni, fermo restando il limite legale a 65 anni.

La Commissione ha ipotizzato che presumibilmente, solo una percentuale di dipendenti pubblici di sesso maschile, inferiore al 34 per cento, avrebbe esercitato tale facoltà, facoltà che sarebbe comunque risultata onerosa per la spesa pensionistica e al contempo in contrasto con la tendenza generale all'aumento

⁶⁴⁹ Vedi M. CINELLI, *La Corte di giustizia, la pensione delle donne, i costi del "welfare"*, La previdenza forense, II, 2009, p.191.

⁶⁵⁰ Vedi *Relazione della Commissione di studio sulla parificazione dell'età pensionabile*, p.13-14. Disponibile online all'indirizzo <http://www.camera.it/temiap/DOL0302.pdf>

⁶⁵¹ La sentenza doveva essere eseguita entro 60 giorni dalla sua pronuncia: il termine era scaduto il 13 gennaio 2009. Nella stessa data il Governo aveva inviato una nota alla Commissione europea nella quale si garantiva la volontà dell'Italia di adempiere alla sentenza e si comunicava la presa in analisi di possibili soluzioni tecniche ispirate ai criteri di gradualità e flessibilità.

della vita media e dell'età pensionabile. Anche in questo caso, si sarebbe venuta a determinare una notevole disparità tra lavoratori del settore pubblico e privato.

La terza ipotesi è basata sulla fissazione per entrambi i sessi del requisito di età per l'accesso facoltativo alla pensione di vecchiaia nel settore pubblico, ad un'età intermedia tra 60 e 65 anni. In tal caso dovrebbero essere quantificati i costi che graverebbero sull'erario, i quali vengono in ogni caso supposti aumentare in relazione alla diminuzione dell'età minima stabilita, fermo restando il limite legale fissato per tutti a 65 anni⁶⁵². Alla stregua della seconda proposta, anche quest'ultima rischierebbe di generare un'asimmetria (seppure di dimensioni minori) nella normativa pensionistica riferita ai dipendenti di sesso maschile tra il settore pubblico e quello privato.

A queste tre ipotesi, ne sono state affiancate altre due. La prima consiste nel rivedere l'intero sistema pensionistico pubblico rendendo applicabile ai dipendenti pubblici il regime previdenziale Inps, considerato dalla Corte di Giustizia di tipo legale. La seconda mira a parificare e ad elevare per entrambi i sessi i requisiti di accesso alla pensione di vecchiaia nel pubblico impiego, stabilendo un range flessibile tra i 62 ed i 67 anni.

3.4.1 La scelta a favore di una graduale parificazione dei parametri di accesso al trattamento di quiescenza per uomini e donne: l'articolo 22 della legge n.102/2009

Il legislatore nazionale ha ottemperato alla sentenza 13 novembre 2008 della Corte di giustizia europea, stabilendo per le lavoratrici del settore pubblico un innalzamento progressivo dei requisiti anagrafici necessari ai fini dell'acquisizione del trattamento di quiescenza⁶⁵³. Attraverso l'articolo 22 *ter* della legge n. 102/2009, di conversione del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, per le lavoratrici iscritte alle forme esclusive dell'Assicurazione Generale Obbligatoria

⁶⁵² Tale previsione viene giudicata dalla Commissione essere in contrasto con la tendenza generale all'aumento della vita media e dell'età pensionabile.

⁶⁵³ A commento vedere, S. GIUBBONI, *Età pensionabile e parità di trattamento previdenziale tra uomini e donne nel lavoro pubblico riformato*, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, XII, 2009, p.965 ss.

per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, sono stati introdotti a decorrere dal 1° gennaio 2010, nuovi requisiti anagrafici per l'accesso al trattamento pensionistico di vecchiaia, nonché per quello previsto all'art. 1 comma 6 lettera b) della L. n. 243/2004.

Queste disposizioni si aggiungono all'art. 2 comma 21 della L. n. 335/1995, individuando per l'anno 2010 il requisito anagrafico di anni 61 per la maturazione del diritto ad un trattamento pensionistico di vecchiaia. Tale requisito viene incrementato di un anno a decorrere dal 1° gennaio 2012, nonché di un ulteriore anno per ogni biennio successivo, fino al raggiungimento dei 65 anni, come riportato nella tabella seguente.

Anno	Età anagrafica
2010	61
2012	62
2014	63
2016	64
2018	65

L'innalzamento del limite di età opera anche nei confronti delle lavoratrici del comparto sanità, compreso il personale infermieristico, il cui regolamento fissa il limite anagrafico dei 60 anni per la maturazione del diritto alla pensione di vecchiaia. Continuano ad applicarsi le norme vigenti in riferimento a quegli ordinamenti che prevedono requisiti anagrafici più elevati (donne magistrato, ambasciatrici, professoresse universitarie) ed anche per quanto concerne il personale femminile delle Forze armate (comprese Arma dei carabinieri, Corpo della Guardia di finanza e delle Forze di polizia ad ordinamento civile) e del corpo nazionale dei Vigili del fuoco con conferma a 60 anni dell'età per la pensione di vecchiaia⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Vedere articolo 2 del decreto legislativo n. 165 del 30 aprile 1997.

In deroga a tale disposizione, le lavoratrici che abbiano maturato, entro il 31 dicembre 2009, i requisiti di età e di anzianità contributiva contenuti nella normativa vigente prima dell'entrata in vigore della presente disposizione, conseguono il diritto alla prestazione pensionistica secondo la previgente normativa e possono richiedere all'ente di appartenenza la certificazione del diritto acquisito. Tale certificazione non è costitutiva del diritto ma ha soltanto valore dichiarativo⁶⁵⁵.

Si deve precisare come a seguito dell'entrata in vigore della legge 30 luglio 2010 n.122 di conversione del d.l. 11 maggio 2010 n.78, nel settore pubblico l'accesso al trattamento pensionistico è stato subordinato alla decorrenza di un periodo di dodici mesi a partire dal momento della maturazione dei requisiti necessari al conseguimento del predetto diritto.

Nell'ambito di applicazione di tale normativa rientrano tutti coloro i quali abbiano maturato i requisiti minimi per l'accesso al pensionamento a partire dal 2011. Sono dunque destinatari della c.d. finestra mobile i soggetti che accedono al pensionamento di vecchiaia a 65 anni se uomini, e se donne a 61 anni fino al 31 dicembre 2011, ovvero, a 65 anni dal primo gennaio 2012⁶⁵⁶.

Diversamente, nell'ambito del regime INPS, la recente legge 15 luglio 2011 n.111 di conversione del d. l. 6 luglio 2011 n.98, ha stabilito un innalzamento graduale del criterio anagrafico necessario al conseguimento della pensione di vecchiaia per le lavoratrici del settore privato che a partire dal 2032 coinciderà con l'età di 65 anni.

Segnatamente, l'articolo 18 della legge n.111 del 2011 stabilisce che «A decorrere dal 1 gennaio 2020, ferma restando la disciplina vigente in materia di decorrenza del trattamento pensionistico e di adeguamento dei requisiti di accesso al sistema pensionistico agli incrementi della speranza di vita ai sensi dell'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni e integrazioni, per le lavoratrici dipendenti e per le lavoratrici autonome la cui pensione è liquidata a carico dell'assicurazione

⁶⁵⁵ Rassegne pubblico impiego, Osservatorio INPDAP, Il Sole 24 Ore, dicembre 2009, n.12, p. 94 in cui si riporta la Nota operativa INPDAP n.50 del 7 ottobre 2009.

⁶⁵⁶ Vedere articolo 12 della legge 30 luglio 2010 n.122 e la nota operativa INPDAP, 8 ottobre 2010 n.18, p.2.

generale obbligatoria e delle forme sostitutive della medesima, nonché della gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 il requisito anagrafico di sessanta anni per l'accesso alla pensione di vecchiaia nel sistema retributivo e misto e il requisito anagrafico di sessanta anni di cui all'articolo 1, comma 6, lettera b), della legge 23 agosto 2004 n. 243, e successive modificazioni, sono incrementati di un mese. Tali requisiti anagrafici sono incrementati di ulteriori due mesi a decorrere dal 1° gennaio 2021, di ulteriori tre mesi a decorrere dal 1° gennaio 2022, di ulteriori quattro mesi a decorrere dal 1° gennaio 2023, di ulteriori cinque mesi a decorrere dal 1° gennaio 2024, di ulteriori sei mesi a decorrere dal 1° gennaio 2025 e per ogni anno successivo fino al 2031 e di ulteriori tre mesi a decorrere dal 1° gennaio 2032».

A seguito dell'approvazione della legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148⁶⁵⁷ del D.l. 13 agosto 2011 n.138 (*Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*) è stato previsto che il requisito anagrafico dei 65 anni ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia nel regime INPS venga anticipato al 1° gennaio 2026⁶⁵⁸.

Dunque, mentre nel regime INPS la soglia dei 65 anni per l'accesso alla pensione di vecchiaia verrà raggiunta tra 15 anni, nel regime INPDAP scatterà a partire dal prossimo anno⁶⁵⁹.

Tali norme dovranno essere lette in combinazione con gli effetti prodotti dall'entrata in vigore del meccanismo di adeguamento automatico dell'età

⁶⁵⁷«All'articolo 18 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, al comma 1, le parole 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2031 e 2032 sono sostituite rispettivamente dalle seguenti: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2025 e 2026». Articolo 1, comma 20, legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148 del d.l. 13 agosto 2011 n.138.

⁶⁵⁸ Mentre la manovra di luglio aveva introdotto un meccanismo di crescita graduale del requisito anagrafico fino ai 65 anni a partire dal 2020, la manovra di agosto ha anticipato la data di decorrenza della nuova disciplina al 2016. G. FALASCA, *Pensioni alla conta delle novità*, Il Sole 24 Ore, 5 settembre 2011, n.242, p.7. In sede di conversione del decreto legge in legge, è stato infine previsto un ulteriore anticipo al 2014.

Secondo le stime riportate da Il Sole 24 Ore, saranno circa 50.000 le lavoratrici interessate dal primo incremento di un mese del requisito di età per il pensionamento di vecchiaia nel 2016. Il numero di lavoratrici salirà a 300.000 l'anno, negli ultimi anni del periodo di transizione tra il 2026 e il 2028. E' stato inoltre previsto che nell'arco di dieci anni, i risparmi cumulati a seguito di tale misura dovrebbero ammontare a circa 13 miliardi di euro. D. COLOMBO, *Donne in pensione a 65 anni nel 2028*, Il Sole 24 Ore, n.220, 13 agosto 2011, p.7-8.

⁶⁵⁹ Cfr. G. FALASCA, *Pensione più lontana se la vita si allunga*, Il Sole 24 Ore, n.218, 11 agosto 2011, p.27.

pensionabile alle valutazioni circa la speranza di vita calcolata dall'Istat e accertata da Eurostat, sulla base dei dati riferibili al triennio precedente.

Prevista inizialmente nel 2015 dalla legge n.122/2010 per entrambi i sessi, l'entrata in vigore di questo sistema è stata in un primo momento anticipata dal d.l. 98/2011 all'anno 2014, ed infine al 2013⁶⁶⁰ dalla legge n.111/ 2011 di conversione del predetto decreto.

Tra le tante novità⁶⁶¹ introdotte dalla manovra 2011, spicca poi la drastica riduzione del Fondo strategico a sostegno dell'economia reale prevista dall'articolo 13. Tale fondo, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ed in cui confluiscono i risparmi generati dall'innalzamento dell'età pensionabile delle dipendenti pubbliche, avrebbe dovuto essere in parte destinato al finanziamento di politiche attive per il sostegno all'occupazione femminile, come la conciliazione lavoro-vita familiare e il co-finanziamento di asili nido. L'articolo 13 comma 3 della legge n.111 del 2011 ha stabilito che a partire dal 2012 il fondo verrà de-finanziato per una quota pari a 252 milioni di euro, nel 2015 la riduzione salirà a quota 592 milioni per poi attestarsi a 242 milioni nel 2020⁶⁶². L'attuazione di politiche sociali indirizzate alle donne, da finanziare attraverso parte delle somme accantonate in questo fondo, avrebbe dovuto costituire una misura compensativa della perdita dei vantaggi garantiti alle dipendenti pubbliche mediante la facoltà di pensionamento anticipato. La decurtazione di tale Fondo tradisce quegli interventi e rovescio volti a promuovere le pari opportunità, suscitando più di una perplessità. Perplessità talaltro messe in

⁶⁶⁰ Vedere articolo 18 comma 4 della legge 15 luglio 2011 n.111 di conversione del decreto legge 6 luglio 2011 n.98. Tale articolo ha modificato l'articolo 12 comma 12-bis della legge 30 luglio 2010, n. 122 che stabiliva l'entrata in vigore di tale meccanismo nell'anno 2015. Cfr. G. FALASCA, *Disallineamento tra pubblico e privato*, Il Sole 24 Ore, n. 221, 14 agosto 2011.

⁶⁶¹ Cfr. D. COLOMBO e M. ROGARI, *Pensioni rosa, si al piano soft*, Il Sole 24 Ore, n.176, 30 giugno 2011, p.7.

⁶⁶² «La dotazione del Fondo strategico per il Paese a sostegno dell'economia reale, istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, di cui all'articolo 18, comma 1, lettera b-bis), del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e successive modificazioni, come integrato ai sensi dell'articolo 22-ter del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e successive modificazioni, è ridotta di 252 milioni di euro per l'anno 2012, di 392 milioni di euro per l'anno 2013, di 492 milioni di euro per l'anno 2014, di 592 milioni di euro per l'anno 2015, di 542 milioni di euro per l'anno 2016, di 442 milioni di euro per l'anno 2017, di 342 milioni di euro per l'anno 2018, di 292 milioni di euro per l'anno 2019 e di 242 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2020». Articolo 13 comma 3, legge 15 luglio 2011 n.111 di conversione del decreto legge 6 luglio 2011 n.98.

rilievo da quanti hanno aspramente criticato la scelta di fare convergere i risparmi legati all'innalzamento dell'età pensionabile in un Fondo avente finalità eterogenee,⁶⁶³ piuttosto che in un fondo ad hoc, destinato a finanziare esclusivamente l'attuazione di politiche familiari e sociali⁶⁶⁴.

Insomma, se per un verso, la contabilizzazione separata delle risorse provenienti dall'innalzamento dell'età pensionabile, consente di effettuare delle verifiche circa la loro relativa destinazione, dall'altro, la pluralità di finalità che connotano la natura del fondo, finisce per costituire un elemento di scarsa trasparenza nell'allocazione e nella gestione delle risorse finanziarie, cosicché risulta difficile effettuare dei controlli sull'effettivo utilizzo delle risorse⁶⁶⁵.

3.5 . CRITERI E TECNICHE DI RISOLUZIONE E REVISIONE DELLO STATO SOCIALE

Stando a quanto si è ormai consolidato negli ordinamenti moderni, la capacità giuridica è riconosciuta a chiunque sia dotato di personalità, ovvero, a chi sia ritenuto dal diritto oggettivo centro d'imputazione di diritti e di doveri. Non solo quindi alle persone fisiche, ma anche alle persone giuridiche.

Nell'ordinamento italiano, la soggettività giuridica si identifica con la capacità giuridica, intesa come qualità intrinseca alla persona, quale condizione originaria. La capacità giuridica si acquista al momento della nascita⁶⁶⁶ e nessuno può esserne privato per motivi politici (art.22 Cost.). La tendenza a configurare l'individuo fisico come punto di collegamento globale dell'intero sistema normativo si manifesta a partire dal diritto romano. Questa tendenza ha però

⁶⁶³ Tra gli utilizzi del Fondo strategico per l'economia reale compaiono gli interventi della protezione civile per l'emergenza rifiuti in Campania e per il vertice G8, le misure per fronteggiare le situazioni di crisi tra cui quelle di Pomigliano D'Arco e Termini Imerese, le assegnazioni alle regioni Puglia e Molise per interventi di ricostruzione conseguenti al terremoto del 2002, gli interventi per lo smaltimento dei rifiuti nel comune di Palermo e per la strada statale Sassari-Olbia, nonché gli interventi di ricostruzione per il terremoto in Abruzzo. Deliberazione del CIPE n.30 del 13 maggio 2010, *Ricognizione delle disponibilità del Fondo strategico per il paese a sostegno dell'economia reale (legge n. 2/2009, articolo 18, comma 1, lett. b -bis,)* in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, n.251, 26 ottobre 2010, p.46.

⁶⁶⁴ Istituito dalla legge n. 2/2009 il Fondo strategico per il Paese a sostegno dell'economia reale è gestito dal Cipe ed in esso confluisce una parte delle risorse del Fondo per le aree sottoutilizzate.

⁶⁶⁵ C. MARTUSCELLI, *Dove sono finiti i nostri soldi?*, In-Genere, 21 aprile 2011, <http://www.ingenere.it/articoli/dove-sono-finiti-i-nostri-soldi>.

⁶⁶⁶ Articolo 1, Titolo I, Codice civile italiano.

incontrato nelle varie epoche limitazioni connesse al sesso ed agli status (*libertatis, civitatis, familiae*), cosicché talune norme potevano essere riservate a predeterminati destinatari e precluse ad altri soggetti.

Cadute tali limitazioni, negli ordinamenti moderni, improntati al fondamentale principio di eguaglianza, il soggetto fisico è considerato centro d'imputazione di tutte le norme del sistema: nessun campo di diritti e di obblighi gli è precluso a priori per l'assenza di condizioni soggettive o status.

A sua volta la capacità di agire costituisce una specificazione della capacità giuridica: tale capacità si acquista al raggiungimento della maggiore età, fissata al compimento del diciottesimo anno ed indica l'idoneità del soggetto ad assumere comportamenti giuridici comprensivi di atti omissivi e o commissivi.

La capacità di agire è garantita a chi sia in grado di intendere e di volere e non l'abbia persa in seguito a condanna⁶⁶⁷.

Negli ordinamenti giuridici moderni la solenne affermazione del principio di eguaglianza si è tradotta nell'esclusione di differenziazioni irragionevoli tra soggetti giuridici. Tuttavia, la condizione anagrafica del soggetto è stata chiamata a svolgere la funzione di criterio oggettivo idoneo a giustificare distinzioni legislative. Nell'ambito del diritto alla previdenza sociale, pur nel mutare delle discipline legislative in materia pensionistica, l'età, insieme al soddisfacimento di altri requisiti connessi al sistema retributivo o contributivo delle forme di tutela, ha costituito e costituisce un dato oggettivo utilizzato quale categoria concettuale per stabilire le forme di tutela pensionistica, ovvero, quali individui siano titolari del diritto alla pensione⁶⁶⁸. Il progressivo miglioramento delle condizioni di lavoro e di salute legate ai traguardi raggiunti dalla ricerca scientifica, ha contribuito all'innalzamento della speranza di vita, rendendo quasi inevitabile il prolungamento dell'età lavorativa. Le istituzioni dell'Unione europea, negli ultimi anni, hanno dedicato grande attenzione al fenomeno dell'invecchiamento della popolazione ed alle ripercussioni che esso genera sul mercato del lavoro, sui bilanci e sui sistemi pensionistici dei paesi membri⁶⁶⁹. La recente crisi economico-

⁶⁶⁷ Vedere articolo 2, Titolo I, Codice civile italiano e A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1985, p.144, 151-152.

⁶⁶⁸ Vedere paragrafo 3.1.1 di questo capitolo.

⁶⁶⁹ Nel Libro verde sulle pensioni approvato nel luglio 2010 (*Verso sistemi pensionistici adeguati, sostenibili e sicuri*, COM 2010-365) la Commissione europea ha auspicato la realizzazione

finanziaria che ha prodotto gravi conseguenze sulla condizione economico-sociale degli individui e sulle attività d'impresa, non solo ha inciso sul deficit pubblico ma, ha posto ulteriormente in evidenza l'esigenza di migliorare il sistema dei regimi pensionistici.

L'ingresso nel mondo del lavoro in età adulta, la conseguente diminuzione della vita lavorativa e l'innalzamento della speranza di vita, pongono l'esigenza di adeguare i sistemi pensionistici alle esigenze di vita.

Al fine di contemperare tali obiettivi con la sostenibilità a lungo termine della spesa pubblica previdenziale, l'Unione europea sta promuovendo provvedimenti normativi nazionali volti ad elevare la soglia di età prevista per il conseguimento del diritto alla pensione ed a disincentivare chi anticipa il pensionamento.

L'obiettivo che si intende perseguire è un riequilibrio tra vita lavorativa e vita pensionistica⁶⁷⁰. Queste riforme, a detta della Commissione, risultano ancora più urgenti se si considerano gli alti tassi di disoccupazione, la bassa crescita e l'espansione del debito conseguenti alla crisi economica mondiale. Anche la recente proposta di modifica del Patto di stabilità e crescita si muove in questa direzione ritenendo la riforma del sistema pensionistico fattore rilevante⁶⁷¹ per la valutazione dei disavanzi, eccessivi⁶⁷², nei paesi membri della Uem⁶⁷³.

d'intereventi coordinati in materia di funzionamento del mercato interno, adempimento degli obblighi derivanti dal Patto di stabilità e crescita, nonché, adozione di misure volte a garantire la coerenza delle riforme pensionistiche. Tali riforme sono state auspicate anche nell'ambito di Europa 2020 (Comunicazione della Commissione Europa 2020, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile, inclusiva*, COM 2010-2020), la nuova strategia europea per l'occupazione che nel quadro dell'iniziativa denominata *Piattaforma europea contro la povertà*, prevede tra l'altro la valutazione della sostenibilità e dell'adeguatezza dei regimi pensionistici e di protezione sociale. I cambiamenti nell'organizzazione sociale e familiare (i *single*, le coppie senza figli, le diverse generazioni di una stessa famiglia che vivono separatamente) nonché il conseguente maggior ricorso a strumenti previdenziali per ottenere prestazioni assistenziali in altre circostanze assicurate dalla famiglia, contribuiscono a rendere problematico il finanziamento dei costi dell'assistenza sanitaria e delle cure di lunga durata. Vedi anche il *Demography Report 2010* della Commissione Europea, Direzione generale per l'occupazione, gli affari sociali e l'inclusione in collaborazione con Eurostat.

⁶⁷⁰ A tale esigenza si lega pure il dibattito in atto sulle pensioni complementari.

⁶⁷¹ Una crescita nominale molto bassa che vada ad ostacolare la riduzione del debito, è considerata fattore rilevante ai fini della valutazione dell'andamento del debito. Costituiscono, inoltre, fattori rilevanti, quei fattori di rischio collegati alla struttura del debito, all'indebitamento del settore privato e alle passività implicite connesse all'invecchiamento della popolazione. COM 2010-522. Proposta di modifica del regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (29-9-2010).

⁶⁷² Vedi COM 2010-522, articolo 2, paragrafo 7 :«Nel caso di Stati membri il cui disavanzo eccessivo o violazione delle condizioni del criterio del debito a norma dell'articolo 126, paragrafo 2, lettera b), del trattato rispecchi l'attuazione di una riforma delle pensioni che introduce un

La necessità di tenere sotto controllo la spesa pubblica e il debito, induce le istituzioni comunitarie ad esercitare un maggiore controllo e monitoraggio sui bilanci dei singoli paesi e in particolare sulle modalità attraverso cui vengono gestite le voci di spesa più rilevanti. La sicurezza sociale insieme alla protezione sociale dei lavoratori, in base all'articolo 151 paragrafo 1.a TFUE, rientra tra gli ambiti materiali su cui gli stati Ue si impegnano a ravvicinare le proprie normative. Nonostante all'articolo 153 paragrafo 2b TFUE, venga configurata la possibilità di adottare direttive aventi la finalità di pervenire ad una armonizzazione delle prescrizioni *minime applicabili progressivamente, [...] in ciascuno Stato membro*, il Metodo di coordinamento aperto,⁶⁷⁴ introdotto dal Trattato di Amsterdam nell'ambito della Strategia europea per l'occupazione, si conferma, il sistema che i paesi dell'Unione intendono utilizzare in materia di previdenza sociale. In tale disciplina gli stati membri hanno ancora una volta dimostrato di prediligere una *governance* basata sul dialogo e la cooperazione che non implica l'attribuzione di competenze esclusive in capo all'Unione. Ma come spesso è accaduto, là dove il *decision-making* istituzionale a livello Ue ha fallito, perché i governi degli stati membri hanno rigettato soluzioni compromissorie che li avrebbero costretti a rinunciare a rilevanti porzioni di sovranità, la Corte di giustizia, viceversa, ha imposto il rispetto delle regole europee di origine giurisprudenziale. Attraverso una serie di sentenze che attribuiscono un marcato rilievo al criterio dell'età dei lavoratori, la Corte di giustizia, negli ultimi dieci

sistema multipilastro comprendente un pilastro obbligatorio finanziato a capitalizzazione, la Commissione e il Consiglio, nel valutare l'evoluzione delle cifre del disavanzo e del debito nell'ambito della procedura per disavanzo eccessivo, prendono in considerazione anche il costo della riforma per il pilastro pubblico».

⁶⁷³Per quanto riguarda in particolare l'Italia, il recente studio dell'OCSE *Pension at a glance 2009* evidenzia come l'invecchiamento della popolazione sia aggravato dalla presenza di bassi tassi di natalità. Dai dati elaborati emerge, inoltre, come nel 2005 in Italia si sia registrata la più alta spesa pensionistica pubblica, pari al 14% del Pil, mentre le attuali stime della Commissione europea dicono che il debito pubblico in riferimento all'annata 2010 si attesta al 119% del Pil e "brucia" secondo Standard and Poor's il 10% delle entrate del governo. Vedere *Il Sole 24 Ore* del 30-11-2010.

⁶⁷⁴ Bernard ha visto nel Metodo di coordinamento aperto lo strumento attraverso cui dare attuazione ai diritti socio- economici sanciti nella Carta di Nizza, poichè in grado di adattarne i contenuti alle esigenze degli stati membri. «The Open method of co-ordination softens the edges of the competence debate. Based on soft instruments, it makes little demands in terms of hard power for the EC/EU. Primarily oriented towards exchanging views and experiences and promoting best practice, it is able to reach sensitive areas of policy where harmonisation or other hard measures are excluded». N. BERNARD, *New governance approach to economic, social and cultural rights*, in *Economic and social rights under the EU Charter of fundamental rights-A legal perspective-*, Oxford-Portland Oregon, 2003, p.264 e 268.

anni, ha mostrato di condividere appieno gli indirizzi di *policy* suggeriti dalla Commissione in materia di occupazione, condizioni di lavoro e previdenza.

Esempi sono forniti dalle sentenze:

- 13 novembre 2008, causa C 47/08 (Commissione contro Repubblica italiana) con cui la Corte ha imposto all'Italia di elevare la soglia di età necessaria all'acquisizione del diritto alla pensione per le dipendenti pubbliche (da 60 a 65 anni) muovendo dall'osservazione che la normativa italiana⁶⁷⁵ allora in vigore, violava il principio di parità retributiva tra uomo e donna sancito dall'articolo 141 TCE;
- 22 novembre 2005, causa C-144/04 (Mangold). In questo caso la Corte di giustizia viene chiamata a verificare la compatibilità tra la direttiva 2000/78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ed una normativa tedesca che per favorire l'occupabilità in età adulta,⁶⁷⁶ consentiva la stipula di contratti a tempo determinato sulla base dell'età⁶⁷⁷. La Corte, nell'interpretare la direttiva (sebbene non fosse stata ancora recepita al tempo della controversia), ricava dalle tradizioni costituzionali comuni ai paesi membri e dagli strumenti internazionali in materia⁶⁷⁸ (e quindi implicitamente dal principio generale di uguaglianza considerato come base giuridica dall'A.G. Tizzano al punto 84 delle sue conclusioni⁶⁷⁹) un principio di non discriminazione in base all'età, asserendo che costituisce un principio

⁶⁷⁵ Vedi paragrafo 3.4.1 di questo capitolo.

⁶⁷⁶ I contratti potevano essere stipulati con persone che avessero almeno 52 anni.

⁶⁷⁷ «Il rispetto del principio di proporzionalità richiede, infatti, che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito (v., in questo senso, sentenza 19 marzo 2002, causa C 476/99, Lommers, punto 39). Una siffatta normativa nazionale non può pertanto giustificarsi ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78». Vedere punto 65, sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2005 causa C-144-04.

⁶⁷⁸ «La direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro. Infatti, tale direttiva, ai sensi del suo art. 1, ha il solo obiettivo di «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali», dal momento che il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai 'considerando' 1 e 4 della detta direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Punto 74, sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2005 causa C-144/04.

⁶⁷⁹ Conclusioni dell'A.G. Tizzano presentate il 30 giugno 2005 alla sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2005 causa C-144/04 causa C-144-04.

generale del diritto comunitario e in quanto tale, è in grado di esplicitare effetti sia verticali che orizzontali. Tale indirizzo sarà successivamente ribadito dalla Corte di giustizia nella sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 (Küçükdeveci);

- 16 ottobre 2007, causa C-411/05 (Palacios De la Villa) in cui la Corte di giustizia deve valutare la compatibilità della direttiva 2000/78 con la normativa spagnola che conferiva validità alle clausole sul licenziamento obbligatorio, stabilite nei contratti collettivi nazionali. Tali clausole richiedevano, come unici requisiti, che il lavoratore avesse raggiunto il limite di età -fissato a 65 anni- per accedere al pensionamento e soddisfacesse gli altri criteri in materia di previdenza sociale per avere diritto ad una pensione di vecchiaia di tipo contributivo. La Corte dichiara che l'incompatibilità non sussiste nella misura in cui siano rispettati due criteri: la misura deve essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata nell'ambito del diritto nazionale da una finalità legittima relativa alla politica del lavoro e al mercato del lavoro, ed i mezzi per il conseguimento di tale finalità di interesse generale non devono apparire inappropriati o non necessari al perseguimento di tale scopo⁶⁸⁰.

Un'ampia gamma di casi su cui la Corte si è espressa in via pregiudiziale hanno avuto ad oggetto l'interpretazione di norme comunitarie in contrasto con normative previdenziali e di lavoro fondate sul criterio dell'età.

Nelle sue conclusioni⁶⁸¹ al caso Palacios De la Villa, l'Avvocato Generale Mazák sottolinea come «[...] *Alla luce delle sfide demografiche e dei limiti di bilancio che la maggior parte degli Stati membri si trovano ad affrontare – che hanno spinto di recente la Commissione a sollecitare azioni urgenti – il problema cruciale in Europa sembra essere piuttosto quello di prolungare l'impiego e di innalzare l'età pensionabile. Tuttavia, ancora una volta, spetta agli Stati membri definire le proprie politiche in tale contesto*».

Rispetto a tali pronunce ci pare lecito osservare come la Corte di giustizia

⁶⁸⁰ In senso conforme sentenza 18 novembre 2010, cause C- 250/09 e C-268/09 (Georgiev).

⁶⁸¹ Conclusioni dell'A.G. Mazák presentate il 17 febbraio 2007 alla sentenza della Corte di giustizia 16 ottobre 2007 causa C-411/05.

attraverso tali indirizzi giurisprudenziali voglia condizionare le politiche degli stati membri.

Tali indirizzi non si traducono in sostanza nell'assunzione di competenze da parte della Ue, pertanto, pur avendo l'ordinamento italiano riconosciuto i principi del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno e del suo effetto diretto, affermando, la dottrina dei controlimiti, questo *modus operandi* della Corte di giustizia diviene una tecnica *soft* per non confliggere con essi.

La dottrina dei controlimiti viene elaborata attraverso l'attività giurisprudenziale della Corte costituzionale.

Ci pare condivisibile la tesi di chi⁶⁸² ha visto nello sviluppo di tale dottrina una sorta di contromisura attuata dal giudice delle leggi italiano a seguito dell'accettazione dei principi del primato e dell'effetto diretto, avvenuta in carenza di un sistema di tutele dei diritti fondamentali a livello comunitario. Da qui l'esigenza di contemperare il rispetto della clausola costituzionale internazionale e europea, l'articolo 11 (a cui dopo la Riforma del Titolo V del 2001 deve aggiungersi l'articolo 117 Cost.) con le fondamentali garanzie costituite dalla rigidità della costituzione e dalla possibilità di sottoporre le disposizioni sui diritti fondamentali, solo a modifiche e ad adattamenti a situazioni sopravvenute che non ne intacchino il contenuto essenziale⁶⁸³. In caso di presunte violazioni di tali disposizioni costituzionali, la Corte costituzionale si è riservata il potere di esercitare il suo sindacato sulle norme comunitarie controverse per il tramite della legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati comunitari. Esigenza questa, resa ancora più necessaria in ragione dell'espandersi delle competenze comunitarie sulla base del principio di sussidiarietà, dei poteri impliciti e degli obblighi derivanti dalle pronunce rese in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, su ambiti non propriamente di competenza comunitaria a cui gli stati membri sono

⁶⁸² M. CARTABIA, *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995, p.101.

⁶⁸³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975, p.1244. In riferimento all'immodificabilità dei principi fondamentali dell'ordinamento vedi anche sentenza della Corte costituzionale n.1146 del 1988: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

tenuti a conformarsi.

Non è il caso in questo contesto di soffermarsi sulla concezione dualista dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario accolta dalla Corte costituzionale italiana e della sua congruenza a rappresentare l'attuale stato dell'arte del processo di integrazione, ciò che occorre evidenziare è l'insorgenza di conflitti aventi ad oggetto gli ambiti di competenze e le diverse modalità attraverso cui concetti chiave riconducibili al Welfare State vengono interpretati a livello Ue e nei singoli stati membri.

Pensiamo alla sentenza prima citata con cui la Corte di giustizia ha imposto all'Italia di innalzare l'età pensionabile delle dipendenti del settore pubblico.

In base al dettato dell'articolo 3 Cost. l'età rientra tra i criteri in ragione dei quali non sono ammesse distinzioni legislative.

Si tratta del cosiddetto nucleo forte su cui la Corte costituzionale esercita uno scrutinio molto rigoroso alla stregua del principio di ragionevolezza. Da qui la conseguenza per cui, mentre generalmente il giudizio di legittimità è governato dalla regola della presunzione della ragionevolezza della differenza di trattamento, salvo dimostrazione dell'assenza di un ragionevole motivo per differenziare, esiste in sede di sindacato di costituzionalità una presunzione di irragionevolezza in riferimento alle leggi che stabiliscono disparità di trattamento sulla base del sesso, della lingua, della razza, della religione, delle opinioni politiche, delle condizioni personali e sociali etc⁶⁸⁴. Di regola sono considerate legittime quelle limitazioni ai diritti fondate sulla necessità di perseguire dei valori garantiti dalla costituzione e tali da non contravvenire al rispetto del principio di ragionevolezza; in questi casi la Corte è chiamata secondo costante giurisprudenza ad esercitare il suo sindacato sul bilanciamento di valori effettuato dal legislatore⁶⁸⁵. Il secondo comma dell'articolo 3 Cost., affida alla Repubblica il compito di intervenire per rimuovere quelle situazioni di fatto che ostacolano il perseguimento di obiettivi di

⁶⁸⁴ Cfr. A. CERRI, Voce "*Uguaglianza (Principio costituzionale di)*", in Enciclopedia giuridica Treccani, Vol. XXXII, 1994, p.9.

⁶⁸⁵ Vedere sentenza n. 1143/1988 in cui la Corte costituzionale ha espresso la necessità di bilanciare la repressione dell'assenteismo in conformità al principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) con la tutela della salute (art. 32 Cost.) ed il diritto del lavoratore ad avere, in caso di malattia, i mezzi adeguati alle sue esigenze di vita (art. 38 comma 2 Cost.). Spesso i diritti di prestazione sono stati contrapposti a libertà "negative" di altri soggetti privati, cfr. sentenze della Corte costituzionale n. 17/1987 e 404/1988.

giustizia sociale, impediscono il pieno sviluppo della personalità umana e non consentono l'effettiva partecipazione alla vita politica economica e sociale del paese.

In tal senso l'ordinamento italiano ammette che in ragione del perseguimento dei predetti interessi, sia possibile prevedere dei trattamenti di favore giustificabili sulla base di interessi ritenuti meritevoli di tutela.

Rientra entro questa cornice normativa, la legge che attribuiva alle donne la facoltà di acquisire a 60 anni il diritto alla pensione di vecchiaia, in quanto azione positiva volta alla riduzione del *gap* esistente tra uomini e donne in termini di opportunità e accessibilità al mercato del lavoro.

Tale legge costituiva, inoltre, una misura compensativa dei maggiori oneri ricadenti sul genere femminile in termini di responsabilità connesse alla maternità ed alle attività di cura e assistenza familiari che da sempre si traducono nello svolgimento di un secondo lavoro *intra moenia domus*.

Nell'analizzare la normativa italiana, nell'ambito della procedura d'infrazione avviata dalla Commissione, la Corte di giustizia non ha effettuato un test sulla ragionevolezza/proporzionalità dell'eccezione al principio generale di eguaglianza stabilita attraverso la normativa Inpdap,⁶⁸⁶ in quanto oggetto della controversia è stata la violazione del principio di pari retribuzione tra uomo e donna per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore (art. 157 TFUE), posto che nell'ottica comunitaria la pensione viene considerata essere una forma di retribuzione. Per conformarsi al contenuto di tale sentenza l'Italia ha avviato una riforma del sistema pensionistico pubblico che comporta l'attivazione di un meccanismo di adeguamento automatico dell'età alle stime sulla speranza di vita calcolata. Attraverso questa decisione la Corte di giustizia è andata ad esprimersi in materia di previdenza sociale ed in particolare sulla definizione del diritto alla pensione

⁶⁸⁶ La direttiva CE 2000/78 all'articolo 6,2 stabilisce che: «Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso». Ma la Corte non prende in considerazione tale norma perché rileva l'esistenza di una discriminazione fondata sul sesso ex art.141 TCE.

nel settore pubblico,⁶⁸⁷ ambito che rientra nel Metodo di coordinamento aperto, ovvero, tra i settori preclusi all'intervento normativo dell'Unione, quale limite al diritto comunitario.

In assenza però di una chiara specificazione di tale dottrina, non risulta semplice verificare se il diritto alla pensione sia da considerare parte del nucleo duro della Costituzione. In realtà è dagli anni Settanta che autorevole dottrina italiana⁶⁸⁸ pone il problema della mancanza di un'adeguata elaborazione concettuale volta alla enucleazione di quali debbano effettivamente essere considerati i limiti alle limitazioni di sovranità ammesse per perseguire finalità di pace e di giustizia ex art.11 Cost. Ispirandosi alle riflessioni sviluppate nel contesto della dottrina tedesca sul medesimo tema, la dottrina italiana è giunta a concludere che la disciplina delle istituzioni sovranazionali incontra gli stessi limiti frapposti al potere di revisione costituzionale e che le materie trasferibili sono soltanto quelle che caratterizzano una limitazione di sovranità e non una soppressione della stessa⁶⁸⁹. Volendo limitare il nostro campo d'indagine ai diritti sociali viene da chiedersi in concreto fino a che punto ci troviamo in presenza di legittimi trasferimenti di competenze e dove invece si configurano sconfinamenti in ragione della produzione di atti comunitari *ultra vires*?

⁶⁸⁷ La Corte costituzionale, considerando la pensione come retribuzione differita e il diritto alla pensione come un diritto soggettivo perfetto, a partire dal 1966, ha dichiarato costituzionalmente illegittime varie disposizioni limitative di tale diritto. Vedi sentenze della Corte costituzionale n. 3/1966, 78/1967, 112/1968. Più in generale il secondo comma dell'articolo 38 Cost. è stato interpretato dalla Corte costituzionale quale principio fondamentale: sentenze n. 22/1969, 80/1971, 160/1974, 64/1975. Pare corretto affermare che la definizione, la portata e le eventuali limitazioni a cui tale diritto sociale può essere sottoposto, ricadano nel dominio protetto della dottrina dei controlimiti che preclude al diritto comunitario la possibilità di contravvenire ai diritti inviolabili ed ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano. In tal senso la Corte costituzionale si è espressa nelle sentenze n. 98/1965, 183/1973, 170/1984, 232/1989 e 1146/1988. Occorre ricordare come al punto 7 della sentenza n. 170/1984, la Corte configurò tra l'altro la possibilità di un controllo di costituzionalità su leggi presunte contrastare con il sistema o il nucleo essenziale dei principi contenuti nel Trattato comunitario, in quanto poste in violazione della ripartizione di competenze effettuata sulla base dell'articolo 11 Cost.

⁶⁸⁸ Cfr. A. RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione giurisprudenziale consequenziale)*, Giur. Cost., I, 1, 1985, P. A. CAPOTOSTI, *Questioni interpretative dell'attuale giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto interno e comunitario*, Giur. Cost., I, 3, 1987, p. 3818 ed in particolare G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, Riv. trim. dir.pub., II, 1977, p.1191, il quale osserva come «Il frettoloso ricorso all'articolo 11 e la sua utilizzazione poco problematica, perchè la sovranità è rimasta sostanzialmente agli stati nazionali, hanno poi lasciato irrisolto l'interrogativo in quali limiti e con quali forme si possa superare la sovranità nazionale».

⁶⁸⁹ G. GEMMA, *op. ult. cit.*

L'entrata in vigore del trattato di Lisbona ha suscitato un ampio dibattito su questo tema. In assenza di una norma di collisione in grado di fornire dei criteri per la soluzione di eventuali conflitti di competenze tra sfera comunitaria e nazionale, diverse corti costituzionali hanno voluto esprimersi su quali, a loro giudizio, debbano essere considerati i limiti alle possibili estensioni del diritto comunitario.

Dopo la Corte costituzionale tedesca,⁶⁹⁰ quella ceca⁶⁹¹ e quella lettone,⁶⁹² di recente è stata la Corte costituzionale polacca⁶⁹³ ad esprimersi sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il proprio sistema costituzionale. Di particolare rilievo ci appare la parte in cui la Corte dichiara che: *«The Constitutional Tribunal holds the view that Article 90 of the Constitution, being a normative anchor to the state's sovereignty, determines the limits of conferring competences on the Union. This limit is constituted by the following factors determining constitutional identity of the Republic of Poland: the respect for the principles of Polish sovereign statehood, democracy, the principle of a state ruled by law, the principle of social justice, the principles determining the bases of the economic system, protection of human dignity and the constitutional rights and freedoms. Therefore, it is admissible to confer the said competences, since they do not endanger the identity of the nation and the state sovereignty only to the extent this does not infringe on the constitutional basis of the state. This rule is, in principle, recognised in the primary law of the EU».*

L'identità nazionale e la sovranità statale costituiscono la chiave di volta delle argomentazioni della Corte rispetto alla possibile estensione del diritto comunitario derivante dal Trattato di Lisbona e in particolare conseguente all'applicazione delle clausole passerella, dalla clausola di flessibilità e dal freno

⁶⁹⁰Sentenza 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08 in cui al punto 252 vengono individuati alcuni ambiti sensibili che costituiscono il fulcro dell'identità costituzionale tedesca: «[...] Si considerano da sempre particolarmente sensibili le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale, la possibilità di disporre del monopolio della forza, della forza di polizia all'interno e della forza militare all'esterno, le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite - motivate anche dalla politica sociale - della mano pubblica, la conformazione delle condizioni di vita allo Stato sociale nonché le decisioni di particolare rilievo culturale, ad es. in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico, educazione e rapporti con le comunità religiose».

⁶⁹¹ Sentenza del 3 novembre 2009, Pl. ÚS 29/09: Treaty of Lisbon II.

⁶⁹² Sentenza del 7 aprile 2009, N. 2008-35-01.

⁶⁹³ Sentenza 24 novembre 2010, K 32/09.

d'emergenza⁶⁹⁴. E' significativo come tra gli ambiti individuati dalla Corte costituzionale polacca vi siano la giustizia sociale e il sistema economico, in realtà tale secondo fattore non sorprende più di tanto considerato che la Polonia non è ancora entrata a fare parte dell'Eurozona, e non sembra intenzionata a modificare tale orientamento⁶⁹⁵.

Facendo seguito a quanto evidenziato, si pongono due questioni di fondo, mentre la prima attiene l'assetto normativo tra gli ordinamenti, la seconda si riferisce al dialogo tra le Corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia.

Le trasformazioni che hanno interessato gli assetti economici dei paesi dell'area Euro e più in generale i paesi della Ue, nonché la recente crisi Greca, hanno mostrato come il problema del contenimento del debito pubblico nazionale costituisca una questione non più ancorabile esclusivamente alla sfera decisionale nazionale. Ma in ragione della stretta interdipendenza raggiunta attraverso il processo d'integrazione economica e monetaria tra gli stati membri⁶⁹⁶ si fa strada la necessità di stabilire discipline normative a livello comunitario. Poiché le voci della previdenza e della sicurezza sociale, gravano in misura maggiore sui bilanci pubblici, si può in ipotesi attraverso il ricorso all'articolo 153 paragrafo 2,b,⁶⁹⁷ pervenire all'adozione di una direttiva che abbia ad oggetto l'armonizzazione dei criteri necessari a rendere più adeguati e sostenibili i sistemi pensionistici all'interno della Ue, anche agendo sulle regole fiscali. Così come l'emergere dell'urgente necessità di bilanciare le libertà economiche con il diritto alla salute umana delle generazioni presenti e future, ha costituito la premessa per lo sviluppo

⁶⁹⁴ A conferma di tale preoccupazione mostrata dagli stati membri si vedano anche le previsioni contenute all'articolo 6 comma 1 del TUE, all'articolo 51 comma 2 della Carta di Nizza e nella Dichiarazione n.1 paragrafo 2 del Trattato di Lisbona in cui viene ribadito per ben tre volte che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

⁶⁹⁵ D. MASCIANDARO, *Grazie, meglio di no... La Polonia che non vuole l'euro è un campanello d'allarme per Ue e Bce*, <http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2011-01-10/campana-polacca-suona-euro>.

⁶⁹⁶ Cfr. S. STAMMATI, *Banca centrale, integrazione monetaria e finanze*, in S. PANUNZIO, *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, 2002, p.671-720.

⁶⁹⁷ Tale disposizione, non si discosta dal precedente articolo 137 del TCE modificato dal Trattato di Amsterdam, in quanto richiede che ai fini dell'adozione di una direttiva in materia di sicurezza e di protezione sociale venga raggiunta l'unanimità dei consensi: un obiettivo che sarà possibile conseguire solo quando i governi della UE avranno maturato una maggiore consapevolezza, circa la perdita di potere decisionale derivante dall'affidare esclusivamente alla Corte di giustizia- nel senso sopra menzionato- le scelte che attengono la previdenza sociale. In merito vedi S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, Working paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 16/2003, p.7.

di una dimensione comunitaria di tutela ambientale, allo stesso modo gli interessi delle generazioni future devono essere inseriti nei calcoli della giustizia distributiva⁶⁹⁸.

I criteri che confluiranno nella direttiva, oltre a tenere in considerazione le linee guida tracciate dalla Commissione nel suo Libro Verde, dovranno innanzitutto basarsi su un approccio intergenerazionale⁶⁹⁹ orientato alla sostenibilità delle finanze pubbliche ma anche alla creazione di un sistema di protezione sociale in grado di controbilanciare gli oneri futuri. Attingendo al Fondo sociale europeo, la direttiva dovrà prevedere un sistema di ammortizzatori sociali da utilizzare per assicurare coperture figurative nei periodi in cui non si lavora e per garantire delle misure di welfare dirette a favorire la conciliazione di attività lavorativa e vita privata. Se fino ad ora l'ambito delle politiche sociali e della sicurezza sociale sono stati considerati dai paesi membri come settori intoccabili, intimamente connessi con l'esercizio della sovranità nazionale, il peso schiacciante delle ragioni dell'economia unito alla vincolatività delle decisioni della Corte di giustizia,⁷⁰⁰ con molte probabilità, spingerà i governi a rendersi conto che

⁶⁹⁸ Vedi J. RAWLS, *La teoria della giustizia*, p. 242-248.

⁶⁹⁹ Interessante a questo proposito è il concetto di *piramide di età* introdotto nelle conclusioni dell'AG Bot alla causa Georgiev C-250/09 e C-268/08: «Uno Stato membro può legittimamente tendere a garantire l'esistenza di una piramide di età equilibrata in seno al corpo dei professori universitari instaurando un limite di età. La convivenza di diverse generazioni di docenti e di ricercatori favorisce, a mio avviso, lo scambio di esperienze nonché l'innovazione e, dunque, il miglioramento della qualità dell'insegnamento e della ricerca nelle università. Pertanto, tenuto conto del fatto che in tale settore il numero di posti vacanti è limitato e che le carriere possono risultare relativamente lunghe, è ragionevole pensare che un limite di età possa agevolare l'accesso alla professione da parte dei più giovani».

⁷⁰⁰ Cfr. Il punto 5 della sentenza n. 113/1985 in cui la Corte costituzionale dichiara che in conformità alla sentenza 170/1984 la normativa comunitaria «Entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, [...] vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia» Qualche anno dopo con la sentenza n. 389/1989 la Corte costituzionale andrà ad estendere la portata di tale principio dichiarando che, nei casi in cui la CGCE si esprima sull'interpretazione di nome comunitarie aventi effetti diretti, «[...] Non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbia la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate». Vedi anche le ordinanze della Corte costituzionale n. 132/1990 e 255/1999. Diversamente si è invece pronunciata la Corte di giustizia a partire dal *leading case* Cilfit (283/81) in cui il giudice del Lussemburgo ha riconosciuto un'efficacia generale alle sue sentenze. In tale pronuncia la Corte ha richiamato il principio (cause riunite Da Costa 28-30/62) secondo cui l'obbligo imposto dall'articolo 177 del TCE ai giudici di ultima istanza non è assoluto e inderogabile: «Ciò si verifica in specie qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale. Lo stesso effetto, per quanto riguarda i

l'armonizzazione in tali ambiti, si prospetta essere nel lungo periodo l'unica strada percorribile per conservare dei ragionevoli margini di manovra.

Tanto più che nel contesto dell'Eurozona il deferimento delle scelte di politica monetaria al livello di *governance* europea preclude agli stati Uem la possibilità di dare ossigeno alle proprie finanze intervenendo sui tassi d'interesse e sui cambi. Dato che la direttiva fissa degli obiettivi lasciando agli stati la possibilità di scegliere gli strumenti normativi attuativi più confacenti al proprio *background* giuridico, culturale e sociale, essa costituisce la fonte di produzione più idonea a salvaguardare le prerogative statali.

Naturalmente tale direttiva, dovrà trovare la propria base giuridica non solo nell'articolo 153 TFUE, ma anche nell'articolo 4,2 del TUE modificato dal Trattato di Lisbona, il quale impone all'Unione di rispettare l'identità nazionale degli stati membri, questione di particolare rilievo nella giurisprudenza di taluni giudici costituzionali europei.

Sotto il profilo applicativo se la dottrina dei controlimiti risulta essere un concetto indefinito, si può al contrario, partendo dalle autolimitazioni comunitarie, definirne i contorni in modo tale che possa costituire fondamento comune per gli stati membri Ue.

L'adozione di una direttiva sugli standard minimi dei regimi pensionistici si andrebbe ad inserire in una dimensione più ampia in cui il principio di sovranità nazionale ed il principio di sussidiarietà troverebbero un giusto bilanciamento nell'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento⁷⁰¹. Introdotto inizialmente nell'Atto Unico Europeo con riferimento esclusivo all'ambiente, il principio di sussidiarietà è stato esteso attraverso il Trattato di Maastricht a tutti i

limiti dell'obbligo contemplato nell'art. 177, terzo comma, può risultare da una giurisprudenza costante della corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere». Resta ferma comunque la facoltà del giudice di riproporre comunque la questione, o perché ritenga di potere addurre nuove argomentazioni, o perché non convinto delle motivazioni della sentenza della Corte, o in quanto conta su un mutamento della giurisprudenza. Nel caso *Cilfit* la Corte di giustizia introduce, inoltre, un'altra causa di esclusione dell'obbligo di ricorso, riconducibile alla teoria dell'atto chiaro. Vedere G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2001, p.320-323 e P. CRAIG, *The classic of EU law revisited: Cilfit and Foto-Frost*, in *The past and the future of EU law*, Oxford, 2010, p-185-191.

⁷⁰¹ P. CARROZZA, *Subsidiarity as a structural principle of international human rights law*, *The American journal of international law*, XCVII, 1, 2003, p. 38-79, G. DE BURCA, *Reappraising subsidiarity's significance after Amsterdam*, Harvard, Jean Monnet Working Paper 7/99.

settori su cui non sia prevista la competenza esclusiva della Comunità e ne venga richiesto l'intervento⁷⁰². Successivamente nel 1997, il Protocollo annesso al Trattato di Amsterdam⁷⁰³ ha definito la portata e l'ambito di applicazione del principio di sussidiarietà⁷⁰⁴ e di quello di proporzionalità. L'inserimento del principio di sussidiarietà nei trattati, ha costituito una soluzione compromissoria⁷⁰⁵

⁷⁰² Articolo 5,2 TCE modificato dal Trattato di Maastricht. Cfr. P. G. CARROZZA, *op. ult. cit.* p. 38-79. «The principle of subsidiarity thus emerged from the creative tensions between the common whole and the constituent parts of the European Union. It was introduced into the EU constitutional structure as a way of addressing the persistent opposition between centralized harmonization and local control». Nel Trattato di Lisbona la disposizione sulla sussidiarietà è transitata nell'articolo 5 del TUE che, a differenza dell'articolo 5 TCE in cui venivano menzionati solo gli stati membri, fa riferimento nel suo terzo comma anche al livello locale e regionale. I parlamenti nazionali sono tenuti a vigilare sul rispetto del principio di sussidiarietà in base alle procedure stabilite dal Protocollo sul principio di sussidiarietà e proporzionalità. La Corte di giustizia può essere adita da uno stato membro mediante un ricorso d'annullamento di un atto legislativo per violazione del principio di sussidiarietà proveniente da un parlamento nazionale o da un suo ramo. Il ricorso deve essere formalmente proposto dal governo di uno stato ma può essere anche semplicemente "trasmesso" da tale governo, mentre il vero autore del ricorso è il parlamento nazionale o un suo ramo. Parimenti, il comitato delle regioni può invocare la violazione di tali principi limitatamente agli atti sui quali è obbligatoria la sua consultazione. Vedi art.8 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità ed il Comunicato stampa n. 104/09 della Corte di giustizia delle Comunità europee Lussemburgo, 30 novembre 2009. Vedi anche A. VON BOGDANDY E J. BAST, *The federal order of competences*, in *Principles of European constitutional law*, Oxford, 2009, p. 302.

⁷⁰³ Un riferimento implicito al principio di sussidiarietà si rinviene anche nel TUE all'articolo 1 comma 2 per come modificato dal Trattato di Amsterdam «Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese nel modo più trasparente possibile e il più possibile vicino a i cittadini».

⁷⁰⁴ Parte della dottrina internazionalistica francese ha correttamente osservato come il principio di sussidiarietà assuma valore differente a seconda che si riferisca a norme comunitarie primarie o a quelle aventi natura derivata. Per quanto attiene le prime «La subsidiarité a une valeur explicative. Elle permet d'éclairer et même de justifier la logique qui présiede à la définition- à l'attribution- de ces compétences. Elle est un facteur d'intelligibilité. [...] En revanche, s'agissant des normes dérivées, qui sont la mise en œuvre des attributions communautaires, la subsidiarité a une valeur régulatrice. Elle revêt le caractère d'une norme de droit positif, [...] elle aménage l'exercice de compétences communautaires, celles qui sont concurrentes-, en déterminant les conditions de déclenchement des actions fondées sur ces compétences». M. VERDUSSEN E E. WILLEMART, *La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques*, in *L'Europe de la subsidiarité*, M. Verdussen, Bruxelles, 2000, p. 257-259.

⁷⁰⁵ A tal proposito Van Kersbergen e Verbeek hanno osservato come gli stati membri siano pervenuti ad un compromesso "instabile": «Influenced by at least three different ideological sources - conservative British concerns about national sovereignty and the loss of state control, Christian Democratic/Catholic social philosophy concerning the importance of allowing lower units of authority to achieve their own ends, and German regional politics based on the constitutionally protected competences of the Länder». Il principio di sussidiarietà avrebbe quindi costituito un antidoto al superamento di una fase d'impasse senza però essere in grado di precisare quali competenze attribuire ad un determinato livello di governo, con il risultato di contribuire semplicemente a rinviare ad una fase temporale successiva il momento dello scontro politico. K. VAN KERSBERGEN AND B. VERBEEK, *The Politics of subsidiarity in the European Union*, *Journal of common market studies*, XXXII, 1994, p. 215. Un approccio più complesso al principio di sussidiarietà è stato sviluppato nell'analisi fornita da Gráinne De Burca: «The decision as to which forum or level of authority is appropriate to decide on particular policy issues is many-faceted, complex and not readily reducible to an operative legal formula. Equally, the failure to provide a

tra le istanze che a livello europeo spingevano in direzione di un avanzamento del processo d'integrazione comunitaria e quelle che, temendo l'acuirsi delle tendenze favorevoli alla centralizzazione delle attività di decision-making, si ponevano a difesa delle singole identità e sovranità nazionali.

Interessanti risultano, inoltre, le riflessioni di chi ha visto nel principio di sussidiarietà una risposta ai conflitti normativi che in materia di diritti fondamentali vengono a crearsi tra le forme di tutela internazionale, dell'Unione e nazionale⁷⁰⁶.

In particolare, nell'elenco di norme contenute nella Carta di Nizza⁷⁰⁷ è stato visto il punto di contatto tra principio di sussidiarietà e tutela comunitaria dei diritti fondamentali, nonché tra unità e pluralismo⁷⁰⁸. La dottrina del margine di apprezzamento può essere letta come una delle modalità attraverso cui si specifica il principio di sussidiarietà. Tale dottrina è stata elaborata dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo ed impiegata a partire dal famoso caso Handyside del 1976, in materia di tutela di diritti fondamentali. Successivamente ha trovato spazio anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia nell'ambito di controversie aventi ad oggetto misure adottabili dagli stati in deroga alle libertà economiche comunitarie, allo scopo di salvaguardare interessi pubblici di rilievo. Nel caso Van Duyn del 1974 la Corte di giustizia riconosce l'esistenza di un'*area of discretion*⁷⁰⁹ che legittima gli stati a prevedere delle deroghe alla libertà di circolazione dei lavoratori per motivi di ordine pubblico. L'applicazione comunitaria della dottrina del margine di apprezzamento ha mirato a coniugare il principio di uniformità e di buon funzionamento del mercato interno, con il rispetto delle tradizioni culturali

clear or objective legal criterion does not necessarily mean that the range of concerns underlying the introduction of the principle of subsidiarity have been without legal and political impact within EU policy-making». G. DE BÚRCA, *Reappraising subsidiarity's significance after Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working Paper 7/99, p. 12.

⁷⁰⁶ «La subsidiarité apparaît dans ce contexte, comme une réponse à un conflit de norms. Les mécanismes qu'elle inspire permettent de déterminer, parmi des dispositions ayant le même objet, mais relevant d'ordres juridiques propres, celle qui doit être appliquée à chaque situation concrète». VERDUSSEN E WILLEMART, *La subsidiarité européenne*, p. 259.

⁷⁰⁷ Articolo 51 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione».

⁷⁰⁸ CARROZZA, *op. ult. cit.* p. 53.

⁷⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia 4 dicembre 1974 C-41/74, punto 18 «It is therefore necessary in this matter to allow the competent national authorities an area of discretion within the limits imposed by the treaty».

dei paesi membri⁷¹⁰.

Una volta riconosciuto un determinato margine di discrezionalità sia alle istituzioni nazionali in riferimento all'esercizio della funzione di attuazione normativa delle direttive (cause riunite C-482/01 e C- 493/01 Georgios Orfanopoulos) che alle corti interne nell'attività interpretativa del diritto nazionale, la Corte di giustizia si riserva la supervisione su tale operato e l'eventuale sottoposizione di esso al test di proporzionalità.

Per quanto riguarda l'ambito della politica sociale, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un margine di discrezionalità statale nei casi C-72/02 Steinicke (punto 61), C-144/04 Mangold (punto 63), C-411-05, Palacios De La Villa (punto 68).

Yuval Shany⁷¹¹ individua tre categorie di norme internazionali (*le standard type norms, le discretionary norms e le result oriented norms*) in riferimento alle quali, egli ritiene opportuno applicare la dottrina del margine di apprezzamento.

Queste tre tipologie di norme sono accomunate dal fatto che, venendo applicate da attori diversi, spesso vengono interpretate in modo diverso e dipendente da circostanze che variano da un contesto all'altro.

Secondo l'autore tra le norme orientate al risultato possono essere ricomprese le direttive comunitarie e in generale quelle normative che attribuiscono il godimento di diritti economici e sociali in riferimento ad esempio all'erogazione di prestazioni minime. Applicare la dottrina del margine di apprezzamento a disposizioni che già di per sé lasciano alle autorità nazionali, nella fase di adattamento, un margine di discrezionalità nella scelta dei mezzi necessari al perseguimento degli obiettivi stabiliti a livello comunitario, sembra *prima facie* inutile, ma in realtà non lo è. Considerata l'oggettiva ostilità con cui gli stati membri guardano alla possibilità di adottare misure comunitarie in materia pensionistica, la garanzia di vedersi riconosciuta una certa discrezionalità, anche nella fase di applicazione della normativa recepita, contribuirebbe a creare un clima di maggiore dialogo e cooperazione tra le corti nazionali e la Corte di

⁷¹⁰ J.A. SWEENEY, *A margin of appreciation in the internal market. Lessons from the European Court of human rights*, Legal issue of economic integration XXXIV, 2007, p.27-52.

⁷¹¹ Y. SHANY, *Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?*, EJIL, XVI, 5, 2006, p.907-940.

giustizia⁷¹².

La dottrina del margine di apprezzamento fornirebbe, inoltre uno strumento flessibile per monitorare nel lungo periodo le varie fasi d'attuazione delle disposizioni comunitarie, nell'ottica di un'equilibrata attuazione del principio di gradualità. Si eviterebbero così pronunce demolitorie da parte della Corte di giustizia e si darebbe agli attori nazionali la possibilità di migliorare progressivamente i livelli delle proprie *performance*.

Così facendo si procederebbe per aggiustamenti negoziati e strettamente correlati agli *output* normativi forniti dagli stati. Tale modo di procedere sarebbe inoltre conforme all'indirizzo giurisprudenziale accolto dalla Corte costituzionale italiana in relazione alle modalità di attuazione dei diritti sociali, che in quanto diritti di prestazione, implicano un *facere*, ovvero, risultano strettamente connessi alle disponibilità economiche statali. In tal senso, nel definire la loro portata e nell'adottare gli atti normativi necessari a darvi attuazione, il legislatore si muove all'interno di *un range* di discrezionalità dipendente *in primis* dall'assetto economico-finanziario statale che caratterizza il momento in cui si trova ad operare⁷¹³, in conformità con il principio della copertura finanziaria sancito all'articolo 81 u.c. Cost. I limiti che il legislatore incontra nell'attività volta a rendere effettivi i diritti sociali, sono stati oggetto di numerose sentenze della

⁷¹² In merito si veda anche il recente contributo di Giuseppe Martinico in cui si evidenzia come i diritti menzionati negli articoli 9, 10.2, 14.3, 27, 28, 30, 34-36, della Carta dei diritti fondamentali, vengano riconosciuti dall'Unione secondo le "legislazioni e le prassi nazionali". Tali disposizioni lette congiuntamente al nuovo articolo 4 del TUE (rispetto da parte dell'Unione delle "identità nazionali" degli stati membri), nonché all'articolo 6 TUE (i diritti fondamentali risultanti dalle "tradizioni costituzionali" comuni come parte dei principi generali dell'Unione) conducono a preconizzare che «A possible effect of such provisions might be to increase the reference to the National traditions of Member States, a sort of margin of appreciation doctrine spread at EU level – especially when the reference to national legislations and practices is not accompanied by that to EU law – but of course this also implies the risk of an erroneous reference to national legislations». G. MARTINICO, *Interpretation as constitutional disagreement. On some (political) attempts to hijack the European integration process*, in R. TONIATTI, *The Law Maker's Interpretation. How the Law Controls Interpretation*, Bruylant, 2011, p.14.

⁷¹³ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 417/1996 in cui la Corte considera legittima «[...] La possibilità di un intervento legislativo che, per inderogabili esigenze di contenimento della spesa pubblica, riduca in maniera definitiva un trattamento pensionistico in precedenza previsto, considerato che esiste il limite delle risorse disponibili e che, in sede di manovra finanziaria di fine anno, spetta al Governo ed al Parlamento introdurre modifiche alla legislazione di spesa, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equilibrio del bilancio dello Stato e perseguire gli obiettivi della programmazione finanziaria». Vedi sentenze della Corte costituzionale n. 119/1991, 240/1994, 99/1995, 390/1995 e E. VARANI, *Spesa pubblica e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Rassegna parlamentare, II, 1996, p. 308.

Corte costituzionale. Tale giurisprudenza consente di individuare tre elementi cardine dai quali risulta vincolata l'effettività del godimento dei diritti di previdenza sociale:

- a) la gradualità come caratteristica naturale dell'attuazione dei diritti di prestazione⁷¹⁴;
- b) la considerazione dei limiti finanziari posti dal bilancio⁷¹⁵;
- c) l'insindacabilità delle scelte legislative fuori dagli schemi del giudizio di ragionevolezza⁷¹⁶.

La sottesa esigenza di gradualità che in linea di principio le normative sui diritti sociali di prestazione devono soddisfare, implica che determinate norme non producano effetti immediati, bensì scansionati nel tempo. Il concetto di attuazione di un diritto di prestazione reca in sé il carattere di processo: il grado di attuazione è destinato a mutare di continuo nel tempo e varia in base alle risorse disponibili nelle finanze pubbliche e al contesto politico.

Speculare è il compito a cui la Corte costituzionale è chiamata quando deve esprimersi su questioni avanti ad oggetto normative in materia di prestazioni sociali. I *test* a cui il supremo giudice sottopone tale normativa, tengono conto delle esigenze di bilancio e della discrezionalità del legislatore nelle scelte di politica economica. In altre parole le condizioni politiche ed economiche del momento si ripercuotono sul bilanciamento degli interessi che la Corte effettua

⁷¹⁴ Sull'approccio gradualista alla previdenza sociale da parte della Corte costituzionale vedere sentenza n. 374/1988: «In materia di revisione o di riforma del sistema previdenziale, attesi anche i conseguenti oneri finanziari, la gradualità si presenta, proprio per le difficoltà finanziarie da superare, come un modo di essere necessario ed interamente coerente del fenomeno visto nel suo pratico atteggiarsi e appare come caratteristica, del pari necessaria e, comunque, compatibile del fenomeno stesso nella sua rilevanza costituzionale».

⁷¹⁵ La Corte costituzionale ha precisato come il diritto alle prestazioni sociali debba essere bilanciato con l'interesse ad «Una giusta tendenza ad un equilibrio economico e finanziario» (Sentenza n. 101/1987). Vedere anche sentenze della Corte costituzionale n. 33/1975, 187/1976, 113/1977, 65/1979, 26/1980, 42/1982, 322/1985, 25/1986, 368/1988, 419/1989, 422/1990, 243/1993, 177/1999, 180/2001, 434/2002, ord. 425/2002.

⁷¹⁶ Nella sentenza n.180/1982 e successivamente nella sentenza n. 78/1988 la Corte costituzionale dichiara che «Rientra nella discrezionalità del legislatore ordinario la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contenimento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato, e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato (sent. n. 128/ 1973 e 160/1974). Discrezionalità che questa Corte, che è priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate». Vedere R. BIN, *Diritti e argomenti, Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p.107-131.

allo scopo di conciliare il carattere assoluto dell'enunciazione costituzionale dei diritti di previdenza sociale con le condizioni sistematiche della loro operatività⁷¹⁷.

L'intervento della Corte è stato spesso richiesto in riferimento a questioni di costituzionalità afferenti comportamenti omissivi del legislatore per quanto attiene normative d'attuazione di diritti sociali escludenti alcune categorie di soggetti dal godimento di determinate prestazioni. In tali circostanze, la Corte, dopo avere rilevato la violazione del principio di eguaglianza formale, è andata ad estendere l'ambito soggettivo della normativa, pronunciandosi attraverso sentenze additive di prestazione⁷¹⁸.

L'attenzione verso le conseguenze economiche delle proprie decisioni e la preoccupazione di non invadere campi rientranti nella discrezionalità legislativa, ha spinto la Corte, soprattutto negli anni Ottanta, a limitare le sentenze di accoglimento additive incidenti sulla spesa pubblica ricorrendo sovente a pronunce di inammissibilità. Tali pronunce, a differenza di quelle di manifesta infondatezza, non escludono l'esistenza di un vizio d'incostituzionalità ed assumono nei confronti del legislatore una funzione esortativa⁷¹⁹. È stato sottolineato,⁷²⁰ inoltre, come la giurisprudenza della Corte sia stata a tale riguardo

⁷¹⁷ Cfr. BIN, *op. ult. cit.* p. 120 e R. GRECO, *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, *Questione giustizia II-III*, 1994, p. 261.

⁷¹⁸ Tale definizione si deve a Leopoldo Elia. L'autore ha contrapposto alle sentenze additive di garanzia che determinano l'acquisto di una situazione giuridica attiva a favore di soggetti privati o di enti pubblici la sfera giuridica dei quali subirà un ampliamento, le sentenze, additive di prestazione che attribuiscono in capo a determinate categorie di soggetti (pubblici dipendenti, pensionati, etc.) l'acquisizione di un diritto a contenuto patrimoniale (retribuzione, indennità, pensioni) o a prestazioni di servizi il cui godimento risultava a giudizio della Corte, illegittimamente escluso o limitato. L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale* in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, p.313 ss.

⁷¹⁹ Cfr. sentenza n. 125/1988 in cui la Corte costituzionale ha dichiarato che una decisione additiva è consentita soltanto quando la soluzione adeguatrice non sia frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità. In tal modo è possibile procedere ad un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile e la relativa scelta compete al legislatore. Vedere anche sentenza n. 109/1986. Sulle decisioni d'inammissibilità per discrezionalità legislativa riferite a questioni dichiarate fondate vedere anche J. J. PARDINI, *Principe de gradualità et droit sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie*, in *Les droits sociaux fondamentaux*, Bruxelles, 2006, p. 62 e L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, *Giur. cost.*, 1994, p. 410.

⁷²⁰ GRECO, *op. ult. cit.*, p. 262- 265.

ispirata ad una linea di ‘misuratezza’ tesa a limitare allo stretto indispensabile il controllo di costituzionalità.

Negli anni Novanta la Corte costituzionale ha cercato di conciliare la necessità di eliminare disposizioni in materia previdenziale in contrasto con la Costituzione, con le esigenze di evitare vuoti normativi e di rispettare la discrezionalità del legislatore. Ciò è stato possibile attraverso il ricorso alle sentenze additive di principio⁷²¹.

Attraverso tali pronunce la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale della disposizione omissiva a cui viene poi aggiunta l’enunciazione di un principio. Così facendo la Corte non costruisce una nuova regola, ma indirizza il legislatore all’elaborazione della stessa. Al contempo il principio enunciato nel dispositivo non crea, le premesse per un aumento incontrollato della spesa pubblica, in quanto l’incremento viene, invece, deciso dal legislatore. Nell’arco di tempo che intercorre tra la pronuncia della Corte e l’intervento normativo del legislatore, i giudici possono in tal modo ricavare dal principio, la regola da applicare al caso concreto⁷²².

⁷²¹ Sentenze n. 295/1991, 88/1992.

⁷²² GRECO, *op. ult. cit.* p.270 e PESOLE, *op. ult. cit.*, p. 419.

CONCLUSIONI

La natura dei rapporti interordinamentali caratterizzante l'attuale stadio del processo d'integrazione europea, insieme al ruolo giocato nella definizione di tali rapporti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana e dalla Corte di Giustizia UE, hanno costituito i principali profili di analisi che attraverso questo lavoro di ricerca abbiamo inteso indagare.

A tal proposito le teorie classiche sviluppate in riferimento al concetto di ordinamento giuridico hanno rappresentato il presupposto teorico- analitico da cui siamo partiti.

Del normativismo e dell'istituzionalismo, quali alfa ed omega della teoria degli ordinamenti, è oggi rimasta in eredità una visione complessa a cui fanno capo elementi provenienti da entrambe le dottrine.

L'idea kelseniana di un ordinamento costituito da un sistema unitario e gerarchizzato di norme, quale fondamento di una teoria avente valenza scientifica, non può prescindere dal presupposto che il momento costitutivo dell'esperienza giuridica debba essere colto nella realtà sociale.

La concezione istituzionalista, ponendo la nascita e lo sviluppo del diritto nel contesto di un gruppo sociale organizzato e dotato di autonomia normativa, ebbe il merito di scuotere il dogma della statualità del diritto. Al contempo fece ritornare in auge il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici che affondava le sue radici nell'antica idea di un unico diritto universale di cui i diritti particolari non erano che delle specificazioni storiche.

L'avvento della Rivoluzione industriale e la profonda scissione tra società politica e società civile che ne conseguirà, metteranno fortemente in discussione l'idea dell'unità-esclusività dell'ordinamento statale moderno (Pinelli), nonché la convinzione circa la sua tendenziale completezza ed esaustività. La concezione classica della sovranità entra in crisi e con essa l'idea per cui unico centro d'imputazione di poteri normativi debba essere ritenuto lo stato. Al metodo

dell'autointegrazione va a sostituirsi quello dell'eterointegrazione, cosicché, ordinamenti extrastatali, endostatali, nonché fonti diverse dalla legge diventano rilevanti per l'ordinamento nazionale.

Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici diviene il punto focale su cui la riflessione dottrina si concentra e in Italia le concezioni sviluppate in tema dal Romano, assurgono a canone euristico dei fenomeni ordinamentali.

In tale ottica, fondamentale rilievo assume il principio della relatività dei valori giuridici per cui ogni ordinamento riconosce le proprie fonti quali strumenti idonei a produrre diritto oggettivo, cosicché ciò che costituisce norma giuridica per un ordinamento non lo costituisce per un altro.

Pertanto la teoria generale inizia a distinguersi dalle discipline di diritto positivo.

L'accoglimento della tesi della socialità del diritto a scapito del monismo statualistico pone, inoltre, l'esigenza di ampliare la visuale di analisi considerando le relazioni intercorrenti tra ordinamenti differenti al fine di studiarne le origini e dunque la natura.

In tal senso si è avuto riguardo ai rapporti tra ordinamenti nazionali e ordinamento internazionale al fine di verificare le relazioni tra di essi.

A fronteggiarsi sono sostanzialmente due differenti impostazioni delle relazioni: il monismo difeso da Hans Kelsen ed il dualismo scaturente dal pensiero di Heinrich Triepel, Dionisio Anzilotti e in tempi più recenti, di Santi Romano.

Ciascuna teoria sviluppa una specifica dottrina con riferimento alle fonti che appartengono all'ordinamento statale ed a quello internazionale, individuando al contempo l'oggetto normativo dei due sistemi ed i soggetti a cui le norme si indirizzano.

Kelsen configura un ordine giuridico universale di natura monista fondato sul primato del diritto internazionale sugli altri ordinamenti. La sovranità dello stato viene considerata come un'ipotesi del pensiero conoscibile riconducibile al diritto positivo, inteso come sistema normativo unitario ed esclusivo, derivante dalla norma fondamentale ipotetica ed universale. La scienza del diritto kelseniana, in quanto teoria scientifica e complesso di proposizioni coerenti, viene chiamata a svolgere il compito di promuovere un'idea che rappresenti il massimo dell'eticità, l'idea di uno stato universale, trasposizione della pace perpetua postulata da Kant.

Diversamente, il dualismo, si fonda sull'assunto che ordinamenti statali ed ordinamento internazionale costituiscono entità distinte e separate in quanto promananti da fonti diverse e disciplinanti rapporti giuridici differenti. Entrambi sono contemporaneamente validi ma, al contrario di quanto postula Kelsen, non vengono considerati come appartenenti ad uno stesso sistema e tra essi non si instaurano relazioni di natura gerarchica.

Nel lavoro di ricerca particolare attenzione è stata dedicata alle modalità attraverso cui le premesse teoriche dualiste sono state accolte nel testo costituzionale, ai fini della definizione del principio di apertura all'ordinamento internazionale ex. art.10 Cost. ed agli ordinamenti ed alle organizzazioni internazionali volte al perseguimento di obiettivi di pace e giustizia ex. art.11 Cost.

Il principio di esclusività e quello di relatività delle valutazioni giuridiche, vengono inquadrati nell'ottica dualista e conducono alla concezione che non riconosce necessariamente alle norme di diritto internazionale così come a quelle appartenenti ad ordinamenti esterni, relazioni di natura giuridico- organizzativa.

Pur costituendo in senso formale un atto normativo vero e proprio, la fonte esterna, in quanto non rientrante tra le fonti legittimate a produrre diritto, degrada a mero fatto normativo e necessita quindi di un atto interno attraverso la tecnica del rinvio.

In tal senso è stato evidenziato come nell'ambito della teoria della separazione degli ordinamenti grande rilievo sia stato attribuito agli atti di ricezione del diritto internazionale. La ricezione fa mutare i destinatari della norma internazionale, il suo contenuto produce l'effetto di modificare il valore formale della norma internazionale che diviene "giuridica" anche per l'ordinamento statale.

In Italia ad accogliere e valorizzare l'approccio dualista alle relazioni interordinamentali non furono solo i padri costituenti ed autorevole dottrina costituzionalistica, quanto il giudice delle leggi che a partire dagli anni Sessanta, fece del dualismo la prospettiva visuale da cui l'ordinamento italiano osservò, e tuttora osserva sia il diritto internazionale che i rapporti tra diritto statale e diritto comunitario. Ma prima che lo facesse la Corte costituzionale, la Corte di giustizia, in risposta al silenzio dei trattati, ha sviluppato una narrativa incentrata sul

primato del diritto comunitario sui diritti degli stati membri. Secondo tale impostazione l'ordinamento comunitario si integra nei sistemi normativi degli stati membri e si pone rispetto ad essi in una posizione di sovra ordinazione gerarchica. Dal canto suo, la Corte costituzionale ha accolto gradualmente il principio del primato del diritto comunitario, senza mai mettere, tuttavia, in discussione la teoria degli ordinamenti distinti e separati.

Dall'analisi delle sentenze emanate negli anni Sessanta, è emerso un aperto contrasto tra il giudicato della Corte costituzionale e quello della Corte di giustizia. Il giudice costituzionale muove da una rigida visione dualista che considera ordinamento comunitario e ordinamenti interni come separati e dialoganti attraverso le tecniche di adattamento funzionale. Di contro, la Corte del Lussemburgo, interpreta il concetto di separazione in ragione delle limitazioni di competenza o dei trasferimenti di attribuzioni accettati sulla base della ratifica dei trattati, delineando una visione dei rapporti interordinamentali di nuovo genere in quanto non riconducibili né agli schemi dualisti, né a quelli monisti di tipo classico.

Da qui la netta divaricazione tra la visione comunitaria e monista dei rapporti interordinamentali, che riconosce la *kompetenz-kompetenz* all'ordinamento comunitario, e la tradizionale visione dualista sostenuta dalla Corte costituzionale italiana e dalla dottrina più risalente che, invece, intravedono nel singolo ordinamento statale la fonte ultima del potere decisionale, anche nel contesto europeo.

Negli anni Settanta la Corte costituzionale stempera l'impostazione che aveva sostenuto in passato, dichiarando che pur essendo distinti e separati, ordinamento interno e ordinamento comunitario risultano tra loro coordinati sulla base della ripartizione di competenze stabilita dal Trattato. E' in questa fase che il giudice delle leggi accetta il principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile, gettando al contempo le basi della dottrina dei controlimiti. Il processo d'integrazione comunitaria pone l'esigenza di conciliare il principio dell'apertura all'ordinamento internazionale e agli ordinamenti stranieri con il carattere rigido delle costituzioni europee del Dopoguerra. Da qui la posizione

assunta dalla Corte costituzionale in riferimento all'esistenza di limiti alle limitazioni di sovranità.

Si tratta del rispetto dei principi e dei diritti inviolabili quale nucleo intangibile della Costituzione. Nel caso in cui si configurasse una loro violazione, la Corte si riserva il potere di sindacare la conformità del trattato, attraverso un giudizio sulla legge di esecuzione, ai principi della Costituzione violati.

E' da allora che inizia a svilupparsi un acceso dibattito, ancora attuale, in merito a quali debbano essere i confini dell'area di funzioni trasferibili ad entità sovranazionali. Si avverte con sempre maggiore urgenza la necessità di rivedere tutti quegli impianti teorici che avevano trovato il loro fondamento nel concetto di stato nazionale, al fine di elaborare una teoria costituzionalistica in grado di rappresentare in modo compiuto il nuovo assetto delle relazioni interordinamentali.

In Italia il ricorso all'articolo 11 Cost. viene giudicato frettoloso e poco problematico in quanto era mancata l'individuazione dei limiti e delle forme sulla base delle quali prevedere delle limitazioni alla sovranità nazionale.

Sul fronte, invece, della scelta delle modalità attraverso cui garantire in concreto la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, fortemente significativa ai fini della nostra indagine, è parsa la strenua difesa posta in essere da autorevole dottrina italiana in riferimento al ricorso alla questione di costituzionalità. L'intervento della Corte costituzionale, oltre a costituire la scelta costituzionalmente più corretta, veniva ritenuta essere quella più di tutte capace di offrire il maggiore grado di efficacia e di certezza al diritto comunitario nel contesto del nostro sistema giuridico. Ma non è stato tale approccio, quello che i giudici costituzionali hanno deciso di sostenere.

Al fine di conformarsi al dettato della sentenza Simmenthal della Corte di giustizia, il giudice delle leggi italiano opta per un meccanismo in grado di garantire la piena efficacia delle norme di diritto comunitario che non comportasse la previa rimozione in via legislativa o mediante altro procedimento costituzionale del diritto nazionale contrastante con il diritto comunitario. Con la sentenza n.170 del 1984 la Corte costituzionale dichiara che le antinomie tra diritto comunitario immediatamente applicabile e le fonti primarie interne ad esso successive o

precedenti, devono essere risolte in via diretta dal giudice comune e non attraverso l'instaurazione di un giudizio di costituzionalità. Il giudice deve applicare la normativa interna configgente, in riferimento al caso concreto, sia che essa preceda sia che segua il diritto comunitario immediatamente applicabile. Rispetto al caso *Simmenthal* il giudice costituzionale italiano accetta di sostituire al giudizio accentrato di compatibilità tra diritto interno e comunitario, una forma di giudizio diffuso; ciò che non accetta è l'idea che l'ordinamento comunitario occupi una posizione gerarchicamente sovraordinata agli ordinamenti nazionali, riservandosi, inoltre, la possibilità di intervenire con il proprio giudizio di costituzionalità nel caso in cui fonti comunitarie entrino in contrasto con il nucleo duro della Costituzione.

Il dualismo accolto dalla Corte costituzionale poggia dunque su una visione formalmente rigida del principio di separazione di competenza quale elemento di coordinazione tra ordinamento interno e comunitario.

Si dà il caso che negli anni a venire tale visione sia stata nei fatti smentita dalla concreta impossibilità di definire l'ampiezza del campo materiale di competenza, astrattamente rimesso alla disciplina comunitaria e quindi sottratto alle fonti nazionali, e ciò in ragione della mobilità che caratterizzerebbe la linea di confine delineata dai trattati.

La dottrina dei poteri impliciti e successivamente l'applicazione del principio di sussidiarietà nonché, le pronunce interpretative rese dalla Corte di giustizia in risposta ai ricorsi in via pregiudiziale dei giudici nazionali, su ambiti materiali non di competenza comunitaria, hanno portato ad un'estensione non codificata delle competenze comunitarie mostrando la fragilità degli assunti elaborati dalla sentenza n.170/1984.

Si è dunque cercato di sviluppare una riflessione ad ampio raggio su quanta parte dell'eredità teorica e giurisprudenziale elaborata in relazione alle concezioni moniste e dualiste, sia ancora rinvenibile nei rapporti interordinamentali che caratterizzano l'attuale stadio del processo d'integrazione europea.

L'ingresso delle fonti comunitarie nel nostro ordinamento ha fortemente smentito o incrinato l'unitarietà e la sistematicità dello stato sovrano tradizionalmente concepito, nonché le sue rivendicazioni monopolistiche sulla produzione delle

fonti del diritto nazionale. Da qui la necessità di rivedere il classico approccio dualista accettato dalla giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria e da parte della dottrina.

Come autorevolmente osservato da Livio Paladin, ordinamento interno e ordinamento comunitario non possono essere concepiti come entità autonome e distinte, in quanto tale assunto risulterebbe incompatibile con l'imperativo sancito all'articolo 101 Cost., Esse devono, bensì, essere ritenute comunicanti. Non corretta risulta, inoltre, essere la premessa posta a base della teoria della separazione circa l'esistenza di precisi ambiti di competenza, poiché esistono diversi fattori di elasticità che rendono mobili i confini degli ambiti materiali.

In tal senso è stato messo in evidenza come allo stato attuale del processo di integrazione europea i problemi legati al concetto di sovranità costituiscano dei problemi connessi ai conflitti di competenza, conflitti acuiti dalla storica mancanza all'interno dei trattati, di una norma di collisione in grado di sancire delle regole condivise da tutti gli stati membri ed applicabili in via generale. L'approccio teorico che meglio si presta oggi alla definizione della natura delle relazioni interordinamentali a livello Ue è, a nostro avviso, risultato essere il paradigma del pluralismo giuridico che trova nel pluralismo costituzionale una ben valida declinazione.

Il pluralismo costituzionale ambisce al superamento della dicotomia generata dalle differenti narrative formulate rispettivamente dalle Corti costituzionali tedesca e italiana da un lato, e dalla Corte di giustizia Ue dall'altro, sia in materia istituzionale che in tema di diritti fondamentali.

Secondo la teoria del pluralismo costituzionale il sistema formato dagli ordinamenti dei paesi membri e dall'ordinamento Ue si regge su un equilibrio normativo originato da un'autorità costituente di tipo pluralista. La natura dei rapporti tra ordinamenti non è gerarchica, bensì eterarchica e costituisce la base di legittimazione del processo d'integrazione europea. Segnatamente, la legittimità dell'ordinamento comunitario e del processo d'integrazione dipendono dal fatto che la decisione su quale sia l'autorità ultima, resti irrisolta. Alla luce di tali premesse si ritiene possibile prevenire l'insorgere di conflitti tra giurisdizioni a livello europeo attraverso la formulazione di una teoria delle scelte istituzionali.

Significativa ci pare, a proposito delle interpretazioni che la dottrina internazionalistica europea e comunitaria ha fornito con riferimento al concetto di pluralismo giuridico e costituzionale, la tensione con cui diversi autori di volta in volta hanno sminuito e o valorizzato le classiche categorie del dualismo e del monismo.

Mentre alcuni hanno, infatti, visto nel monismo e dunque nell'ordinamento internazionale, l'unica cornice ordinamentale in grado di fornire un quadro organico in cui ricomprendere e coordinare tutta la produzione giuridica mondiale e quindi anche quella facente capo agli ordinamenti nazionali e all'ordinamento Ue, altri, in ragione della peculiare natura 'sovranaazionale' che caratterizza la Ue, hanno ritenuto le categorie del monismo e del dualismo, assolutamente non idonee ai fini della definizione delle relazioni che si istaurano attualmente tra ordinamento Ue e ordinamenti nazionali.

Al fine di verificare l'assimilazione del piano ordinamentale al sistema delle fonti di produzione normativa si è ritenuto utile sottoporre a test, l'effettività del principio di eguaglianza nel quadro dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno.

Tenuto conto che il moderno stato sociale pluriclasse richiede che la legge sia declinata adattandosi alle diverse condizioni personali e sociali, si è osservato come tale declinazione, mediante in particolare gli studi condotti dal Bobbio e dal Cerri, abbiano posto in evidenza la forza di trasformazione del principio di eguaglianza.

Come osservato da Cerri (*funditus* cfr. capitolo secondo) devono essere giudicate conformi al principio di eguaglianza le deroghe consentite da altre norme costituzionali, da considerazioni di fatto o da criteri attitudinali, i quali hanno consentito alla giurisprudenza costituzionale una costante rielaborazione degli schemi argomentativi utilizzati in giudizio.

In tal senso, a partire dagli anni Cinquanta, si registra un progressivo mutamento d'indirizzo che conduce il giudice delle leggi a transitare da una concezione paritaria ad una valutativa.

E'indicativa la sentenza n.15 del 1960 nella quale la Corte costituzionale dichiara che il principio di eguaglianza debba essere considerato violato ogni qual volta la

legge imponga senza un ragionevole motivo un trattamento diverso nei confronti di cittadini che si trovano in situazione eguale.

Da tale pronuncia, come sottolineato dal Cerri, il principio di eguaglianza si connota nella variante quale canone di ragionevolezza delle classificazioni legislative, utilmente richiamabile anche nei rapporti tra diritto derivato comunitario e diritto interno.

L'analisi è dunque transitata dalla dimensione nazionale a quella comunitaria. In riferimento a quest'ultima si è osservato come dall'iniziale assenza di previsioni normative a tutela dei diritti fondamentali all'interno dei trattati istitutivi, sia stato possibile pervenire alla nascita di una dimensione comunitaria di tutela dei diritti fondamentali. In tal senso, decisivo è risultato essere il ruolo giocato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla fine degli anni Sessanta.

Stimolato da alcune sentenze pronunciate dalle Corti costituzionali italiana e tedesca, il giudice del Lussemburgo si dichiara competente a garantire i diritti fondamentali in quanto considerati essere parte dei principi generali del diritto comunitario, ed andrà poi ad individuare nelle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e nei trattati internazionali in materia di diritti umani a cui gli stati della Comunità hanno aderito, i principali criteri di rilevazione delle norme in materia di diritti fondamentali a livello comunitario.

Particolare attenzione è stata, inoltre, dedicata alle possibili ripercussioni che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avrà sulla garanzia dei diritti fondamentali contenuti nella Carta dei diritti fondamentali della Ue.

Il principio di eguaglianza dunque nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento comunitario secondo una specifica prospettiva.

In particolar modo si è cercato di delineare i tratti che allo stato attuale caratterizzano il welfare state nella dimensione europea e le implicazioni che esso produce sulle decisioni di politica sociale all'interno dei paesi membri, anche alla luce della sempre maggiore interdipendenza delle politiche economiche dei paesi Ue.

Mentre nell'ordinamento italiano, come negli altri ordinamenti statali, l'eguaglianza nasce da un principio generale per poi specificarsi in una serie di puntuali divieti di discriminazione, nell'ordinamento comunitario il processo è

stato inverso: l'eguaglianza come principio generale, originariamente estranea al sistema comunitario, si è sviluppata dai suoi specifici divieti di discriminazione, la cui formulazione è stata ab origine, funzionale all'instaurazione del mercato comune.

La diversa formulazione è da ricondurre al carattere generale dello stato come ente politico, a cui si contrappone il carattere derivato, limitato alle attribuzioni loro specificamente conferite, delle istituzioni comunitarie. Cosicché mentre negli ordinamenti statali il principio di eguaglianza interessa la totalità dell'esperienza giuridica, nell'ordinamento comunitario è funzionale all'affermazione delle finalità implicite al processo d'integrazione comunitaria.

L'impostazione originaria del trattato stabiliva quindi delle previsioni del principio di eguaglianza strumentali alla realizzazione del mercato unico e della tutela della concorrenza, senza interessarsi della tutela dell'eguale dignità umana.

Partendo dai divieti di discriminazione previsti dai Trattati e in particolare da quello sulla base della nazionalità, la Corte ha esteso le tutele previste dall'ordinamento comunitario anche a situazioni giuridiche non economiche.

E' stato, dunque osservato come sia il principio d'eguaglianza interno che il principio di eguaglianza comunitario, in forza rispettivamente, del principio di legittimità costituzionale e di quello del primato del diritto comunitario, svolgono un'azione conformatrice nei confronti degli atti legislativi nazionali.

Guardando poi al sistema costituzionale, si è visto come i diritti sociali, quale presupposto dell'azione dei pubblici poteri, sono stati concepiti come situazioni giuridiche soggettive.

In tal senso la protezione costituzionale è rivolta immediatamente ai diritti, mentre l'interesse sociale viene raggiunto indirettamente, grazie al soddisfacimento dei primi. Viceversa, quelli che impegnano la Comunità e gli stati, sono degli interessi sociali presentati in forma di obiettivi, ed i diritti sono conseguenza della realizzazione degli obiettivi medesimi.

Alla luce di tali premesse il grado di protezione dei diritti sociali in ambito comunitario è risultato essere fortemente condizionato da due fattori: le politiche sociali e le decisioni comunitarie in materia di politica economica. Attraverso essi ci è parso possibile delineare un modello in grado di conciliare le tradizioni sociali

europee e il rispetto dei principi dell'economia di mercato. Il modello di welfare che gradualmente si va affermando si basa su un sistema fondato sulle politiche attuative dei fondi strutturali europei le quali diventano sostitutive delle politiche sociali interne.

Si pensi alle politiche volte a favorire l'occupazione, la solidarietà tra le generazioni, la tutela dei diritti del minore ed a contrastare l'esclusione sociale e le discriminazioni fondate sul sesso. Di cruciale importanza sono, inoltre, le politiche indirizzate al rafforzamento della coesione economica, sociale e territoriale.

Da tale prospettiva l'analisi si è imperniata sul principio di parità di trattamento retributivo tra uomo e donna a parità di lavoro o per un lavoro di pari valore, in quanto specificazione del divieto di discriminazioni sulla base del sesso di origine comunitaria.

Tale principio, originariamente concepito per evitare fenomeni di *dumping sociale*, ha assunto grande rilievo in ragione della diretta applicabilità e della diretta invocabilità nelle controversie giurisdizionali nazionali, affermate dalla Corte di giustizia.

L'ampio sistema di tutele accordato sulla base del divieto comunitario di discriminazioni in ragione del sesso, ha mostrato come il principio di eguaglianza comunitario abbia permesso alle normative di genere interne agli stati membri di evolversi verso positivi ed in molti casi alti *standard* di tutela. È stato così possibile contemperare le esigenze d'integrazione e l'obiettivo di creare un mercato comune, con la necessità di stimolare in tutti gli stati la predisposizione di un corpus di regole indirizzato alle salvaguardia delle istanze di genere sia sotto il profilo formale che sostanziale.

Più in generale è stato possibile constatare come connotato incontrovertibile della giurisprudenza comunitaria relativa al principio di eguaglianza, sia la diversa intensità di tutela ad esso accordata a seconda dell'incidenza prodotta dalle normative sul mercato interno e sul processo d'integrazione. Mentre nei confronti degli atti comunitari il sindacato della Corte sul rispetto del principio generale di eguaglianza, risulta essere poco incisivo, sugli atti nazionali esso viene condotto con estremo rigore. La ragione deve essere ricercata nella circostanza per cui,

mentre censurando gli atti interni, la Corte favorisce l'affermarsi del primato del diritto comunitario e del processo d'integrazione economica, censurando quelli comunitari si producono risultati opposti.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia è stato possibile notare come essa abbia da sempre preferito soffermarsi più sul dato strutturale della norma oggetto di scrutinio alla stregua del principio di eguaglianza, che sugli effetti da essa prodotti. Al contrario della Corte costituzionale, da sempre focalizzata sull'analisi dei rapporti tra norme generali e norme speciali e sulla valutazione della ragionevolezza delle distinzioni, il giudice comunitario si è interessato maggiormente di discriminazioni indirette. Di conseguenza ai fini dell'economia del nostro lavoro sono state osservate due controversie aventi ad oggetto una discriminazione a rovescio ed una discriminazione indiretta sulla base della nazionalità.

Dal loro esame è risultato che la Corte di giustizia e la Corte costituzionale hanno avuto un approccio differente al divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità. In tal senso nella sentenza n.443 del 1997 della Corte costituzionale le argomentazioni del giudice pongono in evidenza come la normativa italiana per conformarsi al principio d'eguaglianza comunitario sia entrata in contrasto con il principio d'eguaglianza interno.

Tuttavia ai fini della nostra indagine ci è sembrato utile, quale test, osservare da vicino la disciplina comunitaria in materia previdenziale

A seguito della sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008, C-46/07 l'Italia ha modificato la disciplina sul regime pensionistico Inpdap, nella parte in cui subordinava l'accesso al diritto alla pensione di vecchiaia a differenti requisiti anagrafici legati al sesso del lavoratore. Secondo la Corte trattandosi di un regime professionale, la previsione di tale criterio si poneva in contrasto con il principio comunitario di parità di retribuzione per uomini e donne a parità di lavoro svolto, o per un lavoro di pari valore.

Al fine di sviluppare una analisi comparata che mettesse in luce i punti di contatto e le divergenze esistenti in materia di parità retributiva e tutela del lavoro femminile tra ordinamento interno e comunitario, si è osservato da prima la disciplina costituzionale e legislativa in materia. Come è noto, principio cardine

dell'ordinamento giuslavoristico, il primo comma dell'articolo 36 Cost. in materia di retribuzione equa e sufficiente, costituzionalizza un profilo fondamentale del rapporto di lavoro.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale, hanno ricavato da esso due distinti diritti che al contempo si integrano a vicenda per la concreta determinazione della retribuzione: il diritto ad una retribuzione proporzionale alla qualità ed alla quantità di lavoro svolto ed il diritto del lavoratore ad una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

L'articolo 37 Cost. stabilendo che ad uomini e donne debbano essere riconosciuti e garantiti pari diritti in ambito lavorativo e pari retribuzioni, costituisce a sua volta una specificazione del principio di eguaglianza formale.

Tale disposizione, prevedendo, inoltre, che le condizioni di lavoro debbano consentire l'adempimento della essenziale funzione familiare ed assicurare alla madre ed al bambino una speciale protezione, postula che la condizione di svantaggio in cui le donne si trovano in ambito lavorativo, costituisca il fondamento delle situazioni di sfavore che esse vivono nella più complessa dimensione pubblica e sociale. Da qui la loro inclusione nelle categorie sottoprotette alle quali si riferisce la direttiva dell'articolo 3.2 Cost. in materia di eguaglianza sostanziale.

Particolare attenzione è stata dunque dedicata alla legislazione attuativa dell'articolo 37 Cost. in materia di diritto alla pensione di vecchiaia in ambito INPS. Segnatamente, l'analisi dell'articolo 2 della legge 218 del 1952 ha mostrato come il conseguimento del diritto alla pensione differenziato per soglie anagrafiche legate al genere, sottendesse una ben precisa *ratio* riconducibile ad alcuni giudizi di valore connessi alle attitudini psico-fisiche femminili.

In quegli anni era generalmente condivisa l'idea che, una volta superata una data età, le donne fossero soggette ad una maggiore stress fisico rispetto agli uomini, nonché esposte ad una particolare difficoltà di resistenza e di rendimento, proprio in conseguenza della loro diversità fisiologica. Concezione, questa, suffragata tra l'altro sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella di legittimità.

A segnare un forte cambiamento di rotta rispetto alla tradizione normativa e giurisprudenziale che si era consolidata tra gli anni Sessanta e Settanta, sarà, come

ampiamente trattato, la legge 903/1977 sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro. Tale legge, all'articolo 4, introduceva per le donne lavoratrici in possesso dei requisiti per avere diritto alla pensione di vecchiaia, la facoltà di continuare a prestare la loro opera con gli stessi limiti di età previsti per gli uomini.

Altrettanto importanti sono stati poi i contenuti della sentenza della Corte costituzionale n. 137/1986 con cui il giudice delle leggi, partendo dalla considerazione che l'attitudine al lavoro non abbia un valore statico, bensì dinamico e mutevole in ragione dei tempi, delle condizioni socio-economiche, nonché delle nuove tecnologie, fornisce un'interpretazione evolutiva degli articoli 3 e 37 Cost. Alla donna viene così riconosciuto il diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino alla stessa età prevista per l'uomo e le viene assicurata la stabilità del posto di lavoro, ferma restando la possibilità di conseguire a sua scelta, il diritto alla pensione di vecchiaia in un momento antecedente.

L'analisi comparata della giurisprudenza e del diritto positivo di provenienza rispettivamente nazionale e comunitaria ha mostrato come le due supreme Corti, partendo da visioni diverse del principio di eguaglianza e delle azioni positive in ambito pensionistico, siano giunte a risultati diversi.

Nella sentenza 13 novembre 2008 C-46/07, la Corte di giustizia, dopo avere rilevato come la normativa INPDAP soddisfi il criterio dell'impiego, nonché gli altri tre criteri da essa ricavati in via giurisprudenziale ai fini della qualificazione di un regime previdenziale come professionale, dichiara che tale regime, fissando dei requisiti anagrafici legati al genere ai fini del conseguimento del diritto alla pensione di vecchiaia viola il principio di pari retribuzione a parità di lavoro svolto.

Viceversa partendo dall'assunto che in ambito lavorativo esista una differenza di punti di partenza, la Corte costituzionale ha più volte sottolineato come la fissazione per via normativa di differenti requisiti anagrafici legati al genere, ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione, ricada nell'ambito di applicazione degli articoli 3 e 37 Cost.

Dunque, la Corte di giustizia, ha sviluppato un ragionamento di stampo prettamente economico mediante il quale, attraverso lo strumento del divieto di discriminazioni in base al sesso in ambito retributivo, le è stato possibile

pronunciarsi in materia di previdenza sociale, disciplina preclusa al diritto dell'Unione.

Sul piano opposto la Corte costituzionale ha ritenuto che differenti requisiti anagrafici operassero quale misura compensativa del doppio carico di lavoro sostenuto dalla donna e rientrassero pienamente in quelle azioni positive volte a valorizzare ed a garantire l'*essenziale funzione familiare* da essa svolta, di cui all'articolo 37 Cost.

Muovendo da una prospettiva diversa, la Corte di giustizia, invece, sulla base del comma 4 dell'articolo 141 TCE, ritiene che esso debba essere interpretato in modo tale da escludere che misure risarcitorie dirette alle donne nella fase del pensionamento, come differenti requisiti anagrafici, possano rientrare nelle misure compensative degli svantaggi da loro subiti nella vita lavorativa.

Il giudice del Lussemburgo in verità, ha sempre ritenuto che la tutela del lavoro femminile debba riguardare non tanto il momento dell'uscita dal mondo del lavoro, quanto l'intero svolgersi della vita lavorativa della donna. L'idea di fondo è che non si possa perseguire la parità uomo-donna nel mondo del lavoro e nella società con interventi palliativi, quali ritiene la Corte siano l'anticipo della pensione a fine carriera o in casi sfortunati a fine vita. La parità deve essere ricercata in ogni fase della carriera e della vita, in quanto parità di opportunità e di scelta.

Due approcci prospettici diversi conducono a due risultati diversi nella giurisprudenza richiamata.

L'interrogativo che a questo punto ci siamo posti è se l'*affirmative action* fosse configurabile nella previsione legislativa di una diversa età pensionabile, oppure, se essa risultasse maggiormente garantita da una medesima età per entrambi i sessi.

L'analisi della sentenza 13 novembre 2008 della Corte di Giustizia rende implicito l'allargamento dell'orizzonte del nostro campo d'indagine dall'ambito strettamente giuridico al complesso terreno delle scelte di politica economica.

Per come poc'anzi sottolineato è innegabile che il modello sociale europeo sia allo stato attuale strettamente dipendente dai vincoli che l'Unione economica e monetaria ha imposto agli stati membri a partire dall'introduzione della moneta

unica. E' del tutto evidente che il grado di protezione dei diritti sociali è influenzato dalle politiche economiche comunitarie.

Il caso di studio analizzato ci mostra che nel contesto dell'Unione europea le politiche sociali sono strettamente connesse alla finanza pubblica.

Non a caso ampia riflessione ha riguardato tali problematiche nell'accordo *Europlus*.⁷²³

Al fine di dare piena attuazione al Patto di stabilità e crescita ed alla Strategia Europa 2020, gli stati dovranno innanzitutto considerare gli indicatori che forniscono delle valutazioni sulla sostenibilità dei debiti in relazione ai regimi pensionistici, di assistenza sanitaria e di previdenza sociale alla luce dei fattori demografici. Tra le riforme previste per assicurare la sostenibilità e l'adeguatezza delle prestazioni sociali viene menzionata la possibilità di agganciare l'età pensionabile effettiva alla speranza di vita, insieme alla limitazione dei regimi di pensionamento anticipato ed al ricorso ad incentivi per assumere lavoratori *over 55*.

In questa fase del processo d'integrazione in cui tanto rilievo hanno assunto le scelte di finanza pubblica, l'Italia rientra in quel gruppo di stati i cui bilanci suscitano maggiori preoccupazioni a causa dell'alto tasso di indebitamento pubblico e dei bassi livelli di produttività che connotano da qualche anno l'economia reale.

Tale stato di cose non poteva non riflettersi sull'oggetto del nostro test. All'iniziale equiparazione dei requisiti anagrafici per entrambi i sessi nell'ambito del pubblico impiego ha fatto seguito nei mesi scorsi un medesimo innalzamento della soglia di età pensionabile nel regime privato come indicato dalla Corte di giustizia. Inoltre, a ciò è andata ad aggiungersi la previsione di un meccanismo di adeguamento automatico alle stime sulla speranza di vita la cui entrata in vigore scatterà a partire dal 2013. Si pensi oltretutto alla proposta di revisione dell'articolo 81 Cost. al fine di prevedere la regola del pareggio del bilancio. Pertanto le modifiche normative introdotte in Italia a seguito della sentenza 13 novembre 2008 della Corte di giustizia, hanno aperto ad un più generale ripensamento sulle modalità per garantire maggiore efficienza alla spesa

⁷²³ Vedi Conclusioni Consiglio Europeo 24 e 25 marzo 2011, Allegato I, EUCO 10/1/11 REV 1, p.17-18.

pensionistica; ripensamento promosso dall'Unione europea e tradottosi in termini giuridici nella modifica della normativa INPDAP e INPS a discapito dell'interpretazione del giudice costituzionale.

L'analisi svolta ci ha *in primis* consentito di osservare come il concetto di 'eguaglianza' e al contempo quello di 'soggetto debole', che al profilo dell'eguaglianza sostanziale si lega, hanno una valenza relativa e mutevole in ragione dell'indirizzo politico dell'ordinamento a cui si fa riferimento e dunque alla forma di stato orizzontale.

Pensiamo a come nell'ordinamento italiano l'antica previsione di criteri attitudinali relativi al collocamento del genere femminile, sia stata soppiantata dal criterio dell'età a giustificazione di azioni positive compensative del doppio carico di lavoro, misura oggi cancellata a seguito del prevalere di un'ulteriore concezione dell'eguaglianza tra i sessi in materia di lavoro sostenuta dalla Ue ed ormai divenuta parte del patrimonio giuridico comune a tutti i paesi membri.

Alla luce di tali premesse è possibile rilevare come allo stato attuale, accanto al complesso sistema di tutele predisposto a livello europeo e poi recepito dal nostro ordinamento per combattere le discriminazioni fondate sul sesso -innanzitutto in ambito lavorativo-, è in via di formazione un nuovo *corpus* di regole di matrice positiva e giurisprudenziale volte a salvaguardare la categoria dei lavoratori anziani quali soggetti deboli nell'odierna organizzazione del lavoro.

A riprova di ciò si consideri la circostanza per cui il meccanismo di adeguamento alla speranza di vita riguarderà ambo i sessi e tutti i tipi di pensione, cosicché a ricadere nell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sarà il lavoratore inteso come soggetto appartenente ad uno qualsiasi dei due generi; ciò significa che l'appartenenza al genere femminile non costituirà più il presupposto per distinzioni legislative ancorate al requisito anagrafico volte a predisporre azioni positive in materia pensionistica.

Se tale impostazione continuerà a farsi strada, è ragionevole ipotizzare che in futuro si assisterà ad una neutralizzazione delle misure normative di genere, da valutare in modo non allarmante se, come auspicabile, servirà a responsabilizzare il genere maschile attraverso la traslazione delle misure di aiuto destinate alle donne, ferma restando la specificità di queste.

Ciò che è lecito chiedersi è invece, come, e se sia ancora possibile garantire delle effettive tutele a salvaguardia della funzione familiare della donna, allo scopo di sostenerla nello svolgimento della sua vita lavorativa.

A tal proposito grave risulta, l'atteggiamento di scarsa attenzione con cui a livello politico si guarda alla condizione della donna nel nostro paese: prova ne è stato il drastico taglio del Fondo che avrebbe dovuto finanziare misure di welfare destinate alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Mai come oggi è possibile constatare la relazione di stretta condizionalità che lega la garanzia dei diritti sociali allo stato di salute dei bilanci pubblici dei paesi membri.

Abbiamo condiviso appieno i timori avanzati da autorevole dottrina costituzionalistica che già dieci anni fa prevedeva quanto sarebbe accaduto oggi: l'idea di fondo è che i problemi del futuro saranno probabilmente sempre meno connessi alla costituzionalità di mancate estensioni di vantaggi- in ordine alle quali la Corte costituzionale operava con la leva dell'articolo 3, mentre andranno sempre più a riguardare la costituzionalità di discipline più sfavorevoli rispetto al passato. Si configurano quindi riduzioni in riferimento a forme di protezione disposte per ragioni di omogeneità di trattamento (nell'ottica quindi dell'eguaglianza verso il basso) così come difficoltà legate all'eventuale insufficienza, viceversa, dei livelli esistenti di protezione rispetto ai minimi costituzionalmente necessari.

Un sempre maggiore numero di scelte di politica economica e finanziaria nazionale sono dettate a livello di *governance* UE e modificano in modo pervasivo il nostro sistema delle fonti.

Accanto dunque alla gestione della moneta unica a quindi delle politica monetaria comune, occorrerebbe una gestione più coesa e controllata delle finanze pubbliche sia in funzione preventiva rispetto al rischio insolvenza, sia e soprattutto ai fini di un ripensamento su scala europea del concetto di Welfare state. Siamo quindi giunti all'integrazione tra gli ordinamenti? E' possibile ancora sostenere la tesi della dualità degli ordinamenti? E' quella monista, sotto il profilo applicativo la tesi prevalente? Quesiti ai quali non si può rispondere, se non in modo interlocutorio.

Certamente, osservando, il profilo teorico della nostra indagine, l'analisi svolta ci ha permesso di constatare come l'entrata in crisi del concetto classico di sovranità così come lo svuotamento del principio di esclusività ad opera dei fenomeni di pluricentrismo esterno ed interno, impongano un ripensamento generale in direzione di un deciso superamento delle categorie classiche del monismo e del dualismo, ai fini della qualificazione della natura delle relazioni interordinamentali.

A tal proposito il modello delineato nell'ambito della teoria del pluralismo costituzionale appare il più idoneo ai fini della rappresentazione dell'attuale stato delle relazioni interordinamentali.

Non sembrano adeguate a spiegare la complessità di significati attualmente riconducibili al principio della pluralità degli ordinamenti, le teorie che riferendosi ad un ordinamento globale richiamano le costruzioni moniste postulanti il primato del diritto internazionale.

Il proliferare in ambito internazionale e sub-statale di un sempre maggior numero di centri autonomi di produzione normativa comporta l'esistenza di una pluralità di fonti giuridiche che pongono esigenze di coordinamento. A tale fenomeno, si affianca nella dimensione europea la vigenza del principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno e il riconoscimento e la tutela di un nucleo di principi comunitari di portata universale; ma la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno ha una valenza mobile, prova ne è il patrimonio giurisprudenziale maturato all'interno di organismi giudiziari internazionali fortemente specializzati nella soluzione di controversie afferenti specifici settori, come la Corte EDU e la Corte EFTA.

Di fronte all'esistenza di un contesto ordinamentale e di una realtà sociale così variegati si impone dunque la necessità di superare la dicotomia dualismo-monismo in favore di approcci orientati al pluralismo e non incentrati su relazioni gerarchiche, bensì, improntati alla ricerca di regole condivise che consentano di pervenire all'elaborazione di una teoria delle scelte istituzionali basata sull'osmosi giuridica e sull'interpretazione teleologica. Al contempo è indubbio che in tale momento storico siano i giudici nazionali e le Corti i veri protagonisti del dialogo tra gli ordinamenti. Essi sono, infatti, chiamati a risolvere i conflitti normativi

ragionando caso per caso ed instaurando tra loro delle relazioni fondate sul dialogo, dialogo che in taluni casi assume natura cooperativa e in altri natura competitiva. Il caso di studio preso in considerazione ha mostrato, in particolare come in riferimento ad alcuni ambiti 'sensibili' rientranti nella competenza domestica nazionale, sarebbe al contempo necessario colmare il profondo scollamento esistente tra diritto di origine giurisprudenziale e diritto positivo dell'Unione Europea.

La questione risulta particolarmente evidente in materia di previdenza sociale, ambito materiale storicamente connesso con le tradizioni giuridiche locali e interferente con la finanza pubblica.

Ma proprio per ciò abbiamo annotato come nelle 'cessioni' di sovranità la portata di taluni ambiti tenda a condizionare le politiche con esse interferenti e di conseguenza l'effettività dei diritti nazionali. Come ci è stato giustamente di recente ricordato⁷²⁴, non è possibile una politica monetaria unica e politiche fiscali differenziate: ciò comporterebbe, ovviamente, la trasformazione in senso politico dell'Unione europea.

⁷²⁴ Vedere intervento del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano pronunciato in occasione della giornata della "Scuola per la democrazia" svoltasi ad Aosta il 7 ottobre 2011.

BIBLIOGRAFIA

A. A. V. V., *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978.

AGRÒ A.S., *Articolo 3*, in Commentario della Costituzione, BRANCA G. (a cura di), Bologna- Roma, 1975.

AGRÒ A.S., *Contributo ad uno studio sui limiti della funzione legislativa in base alla giurisprudenza sul principio costituzionale di eguaglianza*, Giur. Cost., 1967.

AMADEO S., *Il Protocollo n.30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali, qualche soluzione*, Il Diritto dell'Unione Europea, III, 2009.

AMATO G. E BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, Vol.I, Bologna, 1984.

ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1923.

ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, IV edizione, Padova, 1964.

AQUINO C., *La contaminazione costituzionale nell'Unione Europea*, Roma, 2009.

AZZENA L. *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, CALVIERI C. (a cura di), Torino, 2006.

BALDASSARRE A., *Voce "Diritti inviolabili"*, in *Enciclopedia Giuridica* Vol.XI, Roma, 1989.

BALDASSARRE A., *Voce "Diritti sociali"*, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol.XI, Roma, 1989.

BALLADORE PALLIERI G., *Competenza della Corte costituzionale riguardo al diritto delle Comunità europee*, *Diritto internazionale*, 1966.

BALLADORE PALLIERI G., *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale*, *Rivista di diritto internazionale*, XXVII, 1935.

- BALLESTRERO M.V., *Occupazione femminile e legislazione sociale*, Riv. giur. lav., I, 1976.
- BARBERA A., *Articolo 2*, in Commentario della Costituzione, BRANCA G., (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1975.
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, Giur.Cost., II, 1973.
- BARILE P., *Un impatto tra il diritto comunitario e la costituzione italiana*, in Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani, Milano, 1978.
- BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008.
- BENEDETTELLI M.V., *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle comunità europee*, Padova, 1989.
- BERLIN I., *Equality*, in The concept of equality, Minneapolis, 1969.
- BERNARD N., *New governance approach to economic, social and cultural rights in Economic and social rights under the EU Charter of fundamental rights-A legal perspective-*, Oxford-Portland Oregon, 2003.
- BERRI M., *Sulla priorità del diritto comunitario*, Giustizia civile, 1964.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.
- BIN R., *Il sistema delle fonti. Un'introduzione*, Scritti in memoria di Giuseppe G. Floridia, Napoli, 2009.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.
- BOBBIO N., *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Milano, 2009.
- BOBBIO N., *Voce "Fatto normativo"*, in Enc. Dir., Vol.XVI, Milano, 1967.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972.
- BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.
- BOBBIO N., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1975.
- BODIN J., *I sei libri dello stato*, Torino, 1964.

- BON VALSASSINA M. E PALADIN L., *Considerazioni sulla sentenza n.14 della Corte costituzionale*, Giur. Cost., 1964.
- BON VALSASSINA M., *Il ripudio della guerra nella costituzione italiana*, Padova, 1955.
- BONINI F., *Storia costituzionale della Repubblica*, Roma, 1995.
- BRACCO B., Riv. giur. Lav., III, 1977,
- BUZZACCHI C., *In tema di età pensionabile: la parità tra i generi o la tutela della funzione familiare della donna?*, Quaderni costituzionali, 2009.
- CALAMANDREI P., *Questa nostra costituzione*, Milano, 1995.
- CALIGIURI A., *La parità di trattamento tra uomo e donna in materia di sicurezza sociale: profili di diritto comunitario*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2008.
- CAMMARATA A. E., *Il concetto di diritto e la "pluralità degli ordinamenti giuridici"*, in Formalismo e sapere giuridico, Milano, 1963.
- CAPOTOSTI P. A., *Questioni interpretative dell'attuale giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto interno e comunitario*, Giur. Cost., I, 3, 1987,
- CARAVITA B., *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984.
- Carrozza P. G., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, The American journal of international law, XCVII, 1, 2003.
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, Giornale di diritto amministrativo, III, 2010.
- CARTABIA M. E J. H. H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000.
- CARTABIA M., *Nuovi sviluppi "nelle competenze comunitarie" della Corte costituzionale*, Giur. Cost., I, 2, 1989,
- CARTABIA M., *Principi inviolabili ed integrazione europea*, Milano, 1995.

CARTABIA M., *Taking dialogue seriously. The renewed need for a judicial dialogue at the time of constitutional activism in the European Union*, Jean Monnet Working paper 12/ 2007.

CARTABIA M., *The legacy of sovereignty in Italian constitutional debate*, in WALKER N., *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003.

CASSESE A., *Articolo 11*, in *Commentario della Costituzione*, BRANCA G. (a cura di), Bologna, 1975.

CASTORINA E., *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007.

CATALANO N., *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, *Giustizia civile*, I, 1978.

CATALANO N., *Portata dell'articolo 11 della Costituzione in relazione ai trattati istitutivi delle Comunità europee*, *Foro it.*, 1964.

CERRI A., *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila- Roma, 1984.

CERRI A., *L'eguaglianza*, Roma -Bari, 2005.

CERRI A., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976.

CERRI A., *Voce "Uguaglianza (Principio costituzionale di)"*, in *Enc.giur.* Treccani, Vol.XXXII, 1994.

CERRI A., *Violazione del principio di eguaglianza ed intervento della Corte costituzionale*, *Giur. Cost.*, 1968.

CHELI E., *Principio generale di eguaglianza e gradazione degli interessi nell'ambito familiare*, *Giur. Cost.*, 1969.

CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2005.

CINELLI M., *La Corte di giustizia, la pensione delle donne, i costi del "welfare"*, *La Previdenza forense*, II, 2009.

CINELLI M., GIUBBONI S., MASTRANGELI F. D. NICOLINI C. A, *Parità di trattamento dei sessi e sicurezza sociale nelle fonti comunitarie*, Rivista italiana di diritto del lavoro, III, 1997.

COLAPIETRO C., *I trattamenti pensionistici ed il limite delle risorse disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale*, Giur. Cost., 1997.

COLOMBO D., *Donne in pensione a 65 anni nel 2028*, Il Sole 24 Ore, CCXX, 13 agosto 2011.

COLOMBO D. E ROGARI M., *Pensioni rosa, si al piano soft*, Il Sole 24 ore, CLXXVI, 30 giugno 2011.

COPPEL J. E NEILL A. O., *The European Court of justice: taking rights seriously?*, Common market law review, 1992.

C. COSTELLO, *Gender equalities and the Charter of fundamental rights of the European Union* in HERVEY T. E KENNER J., *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights-A legal perspective*, Oxford-Portland Oregon, 2003.

CRAIG P., *The classic of EU law revisited: Cilfit anf Foto-Frost*, in *The past and the future of EU law*, Oxford, 2010.

CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, Riv. trim. dir. pub., 1960.

CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana. Note preliminari*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova I, 1957.

CRISAFULLI V., *Le norme programmatiche nella Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale I*, Padova, 1970.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale II*, Padova, 1993.

CRISAFULLI V., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

- CRISAFULLI V., *Voce "Fonti del diritto (dir. cost.)"*, Enc. Dir. XVII, Milano, 1968.
- CROCE B., *Saggio sullo Hegel: seguito da altri scritti di storia della filosofia*, Bari, 1967.
- CROCE B., *Breviario di estetica*, Bari, 1969.
- D'ALESSIO R., *Sulla competenza della Corte costituzionale a sindacare le fonti comunitarie*, Giur. Cost., 1968.
- DE BARI F., *Nota a sentenza 13 novembre 2008, causa C-46/07*, Diritto pubblico comparato ed europeo, I, 2009.
- DE BLASIO P., *Il sistema pensionistico dei dipendenti pubblici, prima e dopo le riforme*, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, III-IV, 1999.
- DE BÚRCA G., *Reappraising subsidiarity's significance after Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working paper 7/99.
- DE BÚRCA G., *The Principle of Subsidiarity and the Court of justice as an Institutional Actor*, Journal of common market studies, XXXVI, 1998.
- DE WITTE B., *Direct effect, supremacy and the nature of the legal order*, in CRAIG P. E DE BURCA G., Oxford, 1999.
- DE WITTE B., *The continuous significance of Van Gend & Loos*, in MADURO M., AZOULAI L., *The past and the future of EU Law*, Oxford, 2010.
- DONATI F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995.
- DUPUY P. M., *A doctrinal debate in the globalisation era: on the "fragmentation" of International law*, European journal of legal studies, I, 2007, <http://www.ejls.eu/1/4UK.pdf>.
- DOUGAN M., *The Treaty of Lisbon 2007: winning minds not hearts*, Common market law review, 2008.

ELIA L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli, Padova, 1985.

ESPOSITO C., *Eguaglianza e giustizia nell'articolo 3 della Costituzione*, La Costituzione italiana, Padova, 1954.

ESPOSITO C., *La validità delle leggi*, Milano, 1964.

FALASCA G., *Disallineamento tra pubblico e privato*, Il Sole 24 Ore, CCXXI, 14 agosto 2011.

FALASCA G., *Pensioni alla conta delle novità*, Il Sole 24 Ore, CCXVII, 5 settembre 2011.

FALASCA G., *Pensione più lontana se la vita si allunga*, Il Sole 24 Ore, CCVIII, 11 agosto 2011.

FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano 1985.

FASSÒ G., *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1994.

FAVILLI C., *La non discriminazione nell'Unione Europea*, Bologna, 2009.

FERRARA G., *Dalla democrazia formale alla democrazia sostanziale*, LENTINI F. (a cura di), II, Palermo, 1983.

FERRARIS L. V., *Manuale della politica estera italiana 1947-1993*, Roma- Bari, 1996.

FEUSTEL I., *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca*, Riv. dir. eur., 1976.

FORSTHOFF E., *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*, in Stato di diritto in trasformazione, Milano, 1973.

FREDMAN S., *The poverty of equality: pensions and the ECJ*, Industrial law journal, 1996.

Frosini V., *Voce "Ordinamento giuridico" (filosofia del diritto)*, in Enc.Dir. Vol.XXX, Milano, 1965.

GAJA G., *Constitutional Court (Italy) decision n.170 of 8 June 1984, S.p.a. Granital v. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Common market law review, XXI, 1984.

GAJA G., *Positivism and dualism in Dionisio Anzilotti*, European journal of international law, III, 1, 1992.

GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra "trattati" di Lisbona e Costituzione* in Federalismi.it

<http://www.federalismi.it/AppI MostraDoc.cfm?Artid=15106>

GAMBINO S., *Stato e diritti sociali fra costituzioni nazionali e Unione europea*, Napoli, 2009.

GEMMA G., *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, 1993.

GEMMA G., *Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, Riv.trim.dir.pub., II, 1977.

GEMMA G., *Un'opportuna composizione di un dissidio*, Giur. Cost., I, 1, 1984.

GHERA F., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nell'ordinamento comunitario*, Padova, 2003.

GIANNINI M.S., *Gli elementi dell'ordinamento giuridico*, Riv. trim. dir. pubb., 1956.

GIANNINI M.S., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, Riv. trim. dir. pubb., 1958.

GIANNINI M.S., *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, Estratto dagli atti del XIV Congresso Internazionale di sociologia (Vol.IV), Società italiana di sociologia, 1950.

GIORGI V., Riv. it. prev. soc., 1978.

GIUBBONI S., *Età pensionabile e parità di trattamento previdenziale tra uomini e donne nel lavoro pubblico riformato*, Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, XII, 2009.

GORI P., *La preminenza del diritto della Comunità Europea sul diritto interno degli stati membri*, Giur. it., 1964.

GRANDI B., *Le interferenze di fatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sul regime pensionistico dei pubblici dipendenti*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009.

GRASSI E., *Collocamento a riposo e articolo 37 Cost.: un problema ancora aperto*, Giur. Cost., 1969.

GRECO R., *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, Questione giustizia II-III, 1994.

HAURIOU M., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, Milano, 1967.

HART H. L. A., *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 2009.

HART H. L. A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Contributi all'analisi del diritto, FROSINI V. (a cura di), Milano, 1974.

HART H. L. A., *Kelsen's doctrine of the unity of law*, in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford Clarendon Press, 1985.

HART H. L. A., *Kelsen visited*, in Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford , 1985.

IPSEN H. P., *Rapport du droit des Communautés Européennes avec le droit national*, Riv. dir. eur., 1965.

ITZCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa ed il suo diritto in tre concetti*, Diritto pubblico comparato ed europeo, I, 2009.

ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006.

JELLINEK G., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, 1949.

- JHERING R. V., *Das zweck im recht*, Leipzig, 1893, I.
- JHERING R. V., *Lo scopo nel diritto*, LOSANO M. G. (a cura di), Torino, 1972.
- JOERGES C., *Integrazione attraverso la de-giuridicizzazione? Un evento interlocutorio*, *European journal of legal studies*, III, 2008.
- KANT I., *Per la pace perpetua*, Roma, 1992.
- KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale* (1920), Milano, 1989.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto* (1934), Torino, 1966.
- KELSEN H., *Lineamenti di teoria generale dello stato* (1926), Torino, 2004.
- KELSEN H., *Souveränität*, hrsg. von H.-J. Schlochauer, Bd. III, Berlino, 1962.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Milano, 2009.
- KELSEN H., *Théorie du droit International coutumier*, *Revue internationale de la théorie du droit*, Nouvelle série, Vol.I, 1939.
- KIRCHHOF P., *The European Union of states*, in. VON BOGDANDY A. E. BAST J., *Principles of European constitutional law*, Oxford, 2009.
- KUMM M., *The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state*, in. DUNOFF J. & TRACHTMAN J., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* Cambridge, 2009.
- KUMM M., *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?*, *Common market law review*, 1999.
- LA PERGOLA A., *Adattamento automatico e norme internazionali in conflitto con la Costituzione*, *Giur. Cost.*, 1963.
- LA PERGOLA A., *Costituzione ed adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1971.

LA PERGOLA A. E DEL DUCA P., *Community law, international law and Italian constitution*, The American journal of international law, LXXIX, 3, 1985.

LA VALLE F., *L' illegittimità delle leggi italiane incompatibili con norme comunitarie*, Giur. Cost., 1965.

LAVAGNA C., *Studi economico-giuridici*, Università di Cagliari, 1953.

LOUIS J.V., *Sur le thème: recours constitutionnel et primauté du droit communautaire*, Giur.Cost., III, 1973.

LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, Politica del diritto, III, 2000.

LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.

MAC CORMICK N., *Beyond the sovereign state*, Modern law review, LVI, 1, 1993.

MAC CORMICK N., *La sovranità in discussione*, Bologna, 2003.

MAC CORMICK N., *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001.

MAC CORMICK N., *Risking constitutional collision in Europe?*, Oxford journal of legal studies, XVIII, n.3, 1998.

MAC CORMICK N., *The Maastricht-Urteil sovereignty now*, European law journal, Vol.I, 3, 1995.

MADURO M. P., *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in WALKER. N., *Sovereignty in transition*, Oxford, 2003.

MADURO M. P., *Courts and pluralism: essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism*, in. DUNOFF J.L., TRACHTMAN J.P., *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, 2009.

MADURO M. P., *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?*, In MADURO M. P., *Interpreting European law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism*, European journal of legal studies, II, 2007.

MADURO M. P., *We the Court*, Oxford, 2002.

MADURO M. P., *Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in EU*, in *The EU and human rights*, ALSTON P., Oxford, 1999.

MADURO M. P., *The double constitutional life of the Charter of fundamental rights of the European Union*, in HERVEY T. E KENNER J., *Economic and social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights-A legal perspective*, Oxford-Portland-Oregon, 2003.

MANCINI G. F., *Costituzione e movimento operaio*, Bologna, 1986.

MAYER F. C., *Van Gend & Loos: The foundation of community law*, in MADURO M. P., AZOULAI L., *The past and the future of EU Law*, Oxford, 2010.

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2005.

MARTINICO G., *A Matter of coherence in the multilevel legal system: are the "lions" still "under the throne"?*, Jean Monnet Working paper 16/08.

MARTINICO G., *Interpretation as constitutional disagreement. On some (political) attempts to hijack the European integration process*, in TONIATTI R., *The Law Maker's Interpretation. How the law controls interpretation*, Bruylant, 2011.

MARTUSCELLI C., *Dove sono finiti i nostri soldi?*, In *-Genere*, 21 aprile 2011, <http://www.ingenere.it/articoli/dove-sono-finiti-i-nostri-soldi>.

MASCIANDARO D., *Grazie, meglio di no... La Polonia che non vuole l'euro è un campanello d'allarme per Ue e Bce*, <http://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2011-01-10/campana-polacca-suona-euro>.

MATTIONI A., *La rilevanza degli atti comunitari nell'ordinamento italiano*, Milano, 1971.

MAZZIOTTI M., *Appunti sulla sentenza della Corte costituzionale riguardante la legge istitutiva dell'Enel*, *Giur. Cost.*, 1964.

MAZZIOTTI M., *Commento senza titolo alla sentenza 98/1965*, *Giur. Cost.*, 1965.

MAZZITELLI A., FALCONE A., *Ambiente e biotecnologie*, Cosenza, 2008.

MAZZITELLI A., *Ipotesi intorno allo stato sociale nel quadro dell'integrazione comunitaria*, in *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002.

MAZZITELLI A., *Libertà di associazione e tutela dell'ambiente: spunti introduttivi*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, BIN R. E. PINELLI C. (a cura di), Torino, 1996.

MODUGNO F., *E' illegittimo l'articolo 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di giustizia delle Comunità europee?*, *Giur. Cost.*, I, 1979,.

MODUGNO F., *Legge-Ordinamento giuridico- Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985.

MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol.XXIV, Roma, 1991.

MONACO R., *Diritto delle comunità europee e diritto interno*, Milano, 1967.

MONACO R., *Diritto comunitario e diritto interno davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1964.

MORGANTE D., *Età di collocamento a riposo e di pensionamento e parità di sessi*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1970.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico I*, Padova, 1975.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico II*, Padova, 1975.

MORTATI C., *La Costituzione italiana*, in *Una e indivisibile*, Milano, 2007.

MORTATI C., *La Costituzione in generale*, in *Enc.Dir.*, Vol.XI, Milano, 1962.

MORTATI C., *La Costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.

MORTATI C., *La persona lo stato e le comunità intermedie*, Torino, 1971.

MOTZO G., *Un conflitto tra primazie in posizione*, in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978.

- NATALI L. E NATALI P., *Divieto di discriminazione di genere e pensione nel diritto comunitario*, Diritto e pratica del lavoro, XXVII, 2009,
- ONIDA V., *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Atti del convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2 aprile 2001.
- ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in Manuale di diritto pubblico, I, AMATO G., BARBERA A.,(a cura di), Bologna, 1997.
- ORESTANO R., *I fatti di normazione nell'esperienza romano-arcaica*, Torino, 1967.
- PAGANO E., *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, Il Diritto dell'Unione Europea, III, 2008.
- PALADIN L., *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in Scritti in onore di Vezio Crisafulli, Padova, 1985.
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 2007.
- PALADIN L., *Voce "Eguaglianza"*, Enc. dir.,Vol.XIV, Milano, 1965.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.
- PAMMOLLI F. E SALERNO N.C., *Corte di giustizia età di pensionamento di vecchiaia per le donne e riforma delle pensioni e del welfare in Italia*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009.
- PANEBIANCO M., *Sovranità limitata e sovranità riservata, favor comunitario e controlli giurisdizionali*, in Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani, Milano, 1978.
- PANICO G., *La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci ed ombre della sentenza 183-1973*, Riv.dir.eur., 1974.
- PARADISI B., *Civitas maxima: studi di storia del diritto internazionale*, Vol.I, Firenze, 1974.

- PARDINI J. J., *Principe de gradualità et droit sociaux de prestation ou l'effectivité partielle de la norme constitutionnelle en Italie*, in *Les droits sociaux fondamentaux*, Bruxelles, 2006.
- PERASSI T., *Corso di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1922.
- PERASSI T., *Introduzione alle scienze giuridiche* (1922), Padova, 1967.
- PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale*, II, Padova, 1962.
- PERELMAN C., *Logica giuridica nuova retorica*, Milano, 1979.
- PERELMAN C., *La théorie pure du droit et l'argumentation*, in *Law, state and international legal order. Essays in honour of Hans Kelsen*, Knoxville, 1964.
- PERNICE, F. MAYER I., *La costituzione integrata dell'Europa*, WHI Paper 7/03, 2003.
- PESOLE L., *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, *Giur. Cost.*, 1994.
- PEZZINI B., *La decisione sui diritti sociali*, Milano, 2001.
- PIASCO S., *Voce "Pensioni dei pubblici dipendenti"*, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol.XI, Torino, 1994
- PICCONI V., *Principio comunitario di eguaglianza, parità retributiva, età pensionabile*, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, I, 2009.
- PILEGGI A., *Licenziamento della lavoratrice ultrasessantenne in possesso di requisiti pensionistici e parità tra i sessi*, *Mass. giur. lav.*, 2003.
- PINELLI C., *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, *Giur. Cost.*, 1997.
- PINELLI C., *Costituzione e principio di esclusività*, Milano 1990.
- PINELLI C., *Nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, BIN R., E PINELLI C., (a cura di), Torino, 1996.

- PIOVANI P., *Voce "Effettività (principio di)"*, Enc.Dir., Vol.XIV, Milano, 1965.
- PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bologna, 1981.
- PIZZORUSSO A., *Che cos'è l'eguaglianza*, Roma, 1983.
- POLLICINO O., *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2006.
- POLLICINO O. E SCARABBA V., *La Carta di Nizza tra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, Il Diritto dell'Unione Europea, III, 2008.
- PREUSS U. K., *The concept of rights and the welfare state*, in *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlino, 1985.
- RAVELLI F., *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di giustizia (C-46/07)*, Working paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 83/2009.
- RESCIGNO P., *Persona e comunità*, Bologna 1966.
- ROMAGNOLI U., *Articolo 3*, in *Commentario della Costituzione*, BRANCA G. (a cura di), Bologna-Roma, 1975.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.
- ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, ZANOBINI G., (a cura di), I, Milano, 1950.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1967.
- ROSSANO C., *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966.
- ROSSI F.P., *Voce "Pensione (dir. priv.)"*, Enc. Dir. Vol.XXXII, Milano, 1982.
- RUGGERI A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, Il Diritto dell'Unione Europea, I, 2010.

RUGGERI A., *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione giurisprudenziale consequenziale)*, Giur. Cost., I, 1, 1985.

SACERDOTI G., *L'efficacia del diritto delle Comunità europee nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1966.

SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000.

SANDULLI P., *Età pensionabile e parità donna uomo per i pubblici dipendenti*, Rivista del diritto della sicurezza sociale, I, 2009.

SCACCIA G., *Valori e diritto giurisprudenziale, Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Luiss, Roma, 26 ottobre 2009.

SCHMITT M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, Droit social, VI, 2010.

SCIARRA S., *Commento all'art. 4 legge 9 dicembre 1977 n. 903* in *Le Nuove leggi civili commentate*, I, Padova, 1978.

SCIARRA S., *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, Working paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-16/2003.

SHANY Y., *Toward a general margin of appreciation doctrine in international law?*, European journal of international law, XVI, 5, 2006.

SOHRAB J., *Sexing the benefit: women social security and financial independence in EC Equality law*, EUI Thesis, Firenze, 1994.

SOMEK A., *Monism, a tale of the undead*, University of Iowa legal studies, Research paper, 10-22/2010.

SORRENTINO F., *Corte costituzionale e corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 1970.

SORRENTINO F., *La Costituzione italiana di fronte al processo d'integrazione europea*, Quaderni costituzionali, 1993.

- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, Genova, 1987.
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto*, in Manuale di diritto pubblico I, AMATO G., BARBERA A. (a cura di), Bologna, 1997.
- SORRENTINO F., *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Torino, 1998.
- SORRENTINO F., Carbone S. M., *Corte di giustizia o Corte federale delle Comunità europee*, in Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani, Milano, 1978.
- SORRENTINO F., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, Politica del diritto, II, 2001.
- SPAGNA MUSSO E., *Note per un approccio giuridico alla crisi dello Stato sociale*, in Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile), Padova, 1990.
- SPERDUTI G., *L'ordinamento italiano e il diritto comunitario*, Padova, 1981.
- STAMMATI S., *Banca centrale, integrazione monetaria e finanze*, in PANUNZIO S., I costituzionalisti e l'Europa, Milano, 2002.
- STEIN E., *Toward Supremacy of Treaty - Constitution by Judicial Fiat: On the Margin of the Costa case*, Michigan law review, 1965
<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mlr63&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/mlr>.
- STROZZI G., *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2001.
- SWEENEY J.A., *A margin of appreciation in the internal market. Lessons from the European Court of human rights*, Legal issue of economic integration, XXXIV, 2007.
- TARANTINO A., *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della teoria di Santi Romano*, Milano, 1976.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1995.

TEUBNER G., *Substantive and reflexive elements in modern law*, Law and society review, Vol.XVII, II, 1983.

TORRETTA P., *Il divieto di discriminazione (anche indiretta) dei lavoratori anziani*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, CALVIERI C. (a cura di) Torino, 2006.

TOSATO G. L., *Il caso Simmenthal: il conflitto tra la Corte comunitaria e la Corte costituzionale è davvero preoccupante?*, in *Il primato del diritto comunitario ed i giudici italiani*, Milano, 1978.

TREU T., *Articolo 36*, in *Commentario della Costituzione*, I, BRANCA G. (a cura di), Bologna, 1979.

TREU T., *Articolo 37*, in *Commentario della Costituzione*, I, BRANCA G. (a cura di), Bologna, 1979.

TRIEPEL H., *Diritto internazionale e diritto interno*, (Traduzione italiana di *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, di BUZZATI G.), Torino, 1913.

TRIEPEL H., *Droit international et droit interne*, (Traduzione francese di BRUNET R.), Paris-Oxford 1920.

http://openlibrary.org/works/OL1282682W/Droit_international_et_droit_interne.

VAN KERSBERGEN K., AND VERBEEK B., *The politics of subsidiarity in the European Union*, Journal of common market studies, XXXII, 1994.

VARANI E., *Spesa pubblica e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Rassegna parlamentare, II, 1996.

VEDASCHI A., *L'incostituzionalità delle discriminazioni a rovescio. Una resa al diritto comunitario?*, Giur. Cost., 1998.

VERDUSSEN M. E. WILLEMART E., *La subsidiarité européenne, instrument d'articulation des ordres juridiques*, in *L'Europe de la subsidiarité*, M. Verdussen, Bruxelles, 2000.

VIRGA P., *Il pubblico impiego*, Milano, 1991.

VON BOGDANDY A., *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law*, International journal of constitutional law, VI, 2008.

VON BOGDANDY A., *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, Common market law review, XXXVII, 2000.

VON BOGDANDY A., E BAST J., *The federal order of competences*, in Principles of European constitutional law, Oxford, 2009.

WALKER N., *Legal theory and the European Union*, EUI Working papers law, 16/2005.

WALKER N., *Taking constitutionalism beyond the state*, Recon online Working paper 5/2007.

WALKER N., *The idea of constitutional pluralism*, EUI Working paper law, 1/2002.

WEILER J. H. H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.

WEILER J. H. H., *La costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003.

WEILER J. H. H., E LOCKHART N.J.S., *"Tacking rights seriously" seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence*, Common market law review, XXXII, 1, 1995.

WEILER J. H. H., *The transformation of Europe*, Yale law journal, C, 8, 1991.

WEILER J. H. H., E WIND M., *European Constitutionalism beyond the state*, Cambridge, 2003.

WIETHÖLTER R. E PREUSS U.K., *Materialization and proceduralization in modern law*, in Dilemmas of law in the welfare state, Berlino, 1986.

ZAGREBELSKY G., *Diritti e costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003.

ZOLO D., *I signori della pace*, Roma, 1998.