

STUDI IN ONORE  
DI FRANCO MODUGNO

I

*[Estratto]*

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI MMXI

ROBERTO BIN\*

## Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia\*\*

SOMMARIO: 1. Separazione o integrazione? – 2. La giurisprudenza sull'integrazione europea non è una *chain novel*. – 3. ... neppure quella della Corte di giustizia. – 4. “Nulla dire se non ciò che può dirsi”. – 5. Il principio di entropia e le disposizioni sull'applicazione delle disposizioni. – 6. Entropia e interpretazione.

### 1. *Separazione o integrazione?*

Le Corti nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea sembrano nutrire visioni assai diverse della natura dell'ordinamento europeo e dei rapporti tra questo e gli ordinamenti nazionali: tale è almeno l'opinione comune. I tradizionali modellini teorici della visione “monista” o di quella “dualista” del rapporto tra i due ordinamenti non sarebbero dunque ancora superati. Nulla di cui meravigliarsi. Come è stato di recente sottolineato<sup>1</sup>, si può dire che ogni ordinamento guardi ai rapporti con gli altri ordinamenti in una prospettiva monista, essendo il principio di esclusività una caratteristica – a quanto pare – intrinseca allo stesso concetto di ordinamento: “non avrai altro Dio al di fuori di me” non a caso è il primo dei Comandamenti (almeno nella numerazione cattolica). Ogni ordinamento giuridico è un “dio geloso”.

Tuttavia – e questo è un dato di fatto – prospettive apparentemente diverse convivono abbastanza tranquillamente. La visione “dualista”

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

\*\* Questo scritto trae spunto da una relazione dal titolo *La questione degli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano: separazione, integrazione, contaminazione?*, svolta nel convegno *Il Diritto dell'Unione europea nel giudizio di costituzionalità*, tenutosi a Trieste il 24 settembre 2010.

<sup>1</sup> E. Cannizzaro, M.E. Bartoloni, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lisbon- Urteil*, in *Il Diritto dell'Unione Europea* 2010, 1 ss.

professata dalla Corte costituzionale da oltre ventisei anni (dalla sua celebre edizione nella sent. 170/1984) non ha impedito che l'apertura dell'ordinamento italiano al diritto europeo s'imponesse senza eccessivi ostacoli e che si rafforzò tutt'ora passo dopo passo, anche se con qualche inevitabile resistenza o vischiosità.

Per esempio, la sent. 28/2010 segna senz'altro una grande apertura della Corte al diritto europeo<sup>2</sup>: la tradizionale prudenza nel sindacare le *norme penali di favore* viene accantonata in nome di un argomento schiettamente "comunitarista", perché "*si toglierebbe [alle direttive europee] ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali*". Ma pochi hanno notato che la Corte aveva già giudicato, solo pochi mesi prima, la stessa questione di legittimità: la stessa disposizione del "codice dell'ambiente" era stata impugnata per la violazione della stessa direttiva comunitaria, però la Corte l'aveva dichiarata inammissibile. Ciò soltanto perché la questione era stata sollevata da una regione, e la Corte tiene fermo che "*le censure dedotte con riferimento alla normativa comunitaria, senza adeguata motivazione circa l'asserita lesione delle proprie sfere di competenza, vanno dichiarate inammissibili, restando impregiudicato il potere-dovere delle amministrazioni regionali di non applicare le norme incompatibili con le disposizioni di direttive comunitarie provviste di effetto diretto, alla stregua di una costante giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 170 del 1984 e n. 168 del 1991)*". Strane asimmetrie del sistema! Le regioni non possono concorrere ad impedire che norme in contrasto con il diritto europeo si consolidino (e obblighino le stesse regioni a infrangere le direttive), ma per assicurare l'effetto utile del diritto europeo bisogna attendere che sia un privato a reagire davanti ad un giudice comune e denunciare tale contrasto in via incidentale: il che, come si sa, non sempre può

<sup>2</sup> ... anche se mi sembra affermazione troppo forte quella di A. Celotto, Venisti tandem! *La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono «cogenti e sovraordinate»*, in *Giur.cost.* 2010, 382 ss., che vi legge il segno dell'abbandono da parte della Corte costituzionale della impostazione "dualista". Oltretutto non è neppure esatto che questa sia la prima volta in cui la Corte "dichiara incostituzionale una norma interna confliggente con una norma comunitaria non direttamente applicabile" (384): a parte il fatto che non mancano norme *statali* che hanno subito questa sorte (cfr. per es. sent. 44/2008), di essa sono rimaste vittime numerose leggi regionali (per es. sentt. 168/1999, 226/2003, 406/2005, commentata dallo stesso Celotto in *Giur. it.* 2006, 1123 ss.). Ma di questa "asimmetria" ora subito si dirà.

avvenire. Il “cammino comunitario” della Corte non incrocia il suo “cammino regionalistico”, che attualmente sembra non procedere, ma regredire.

Le regioni sono state le principali “vittime” dell’applicazione dei vincoli comunitari da parte della Corte costituzionale. Aveva colpito l’attenzione dei commentatori che la Corte, con la sent. 384/1994, avesse per la prima volta accettato di annullare un legge per contrasto con una norma europea *self executing*<sup>3</sup>: ma di una legge regionale si trattava, appunto, mentre veniva esplicitamente preclusa alla regione la possibilità (reciproca) di impugnare in via diretta la legge statale per contrasto con le norme comunitarie direttamente efficaci<sup>4</sup>. Sempre di una legge regionale si trattava quando la Corte, nella sent. 94/1995, chiarì, ma solo in via d’ipotesi (in un *obiter dictum*, quindi), che anche la legge statale avrebbe potuto essere impugnata in via diretta dalle regioni se contraria a regole comunitarie *self-executing*. Infatti, la differenza di trattamento tra la legge statale e quella regionale non potrebbe essere giustificata dalla dissimmetria causata dall’impugnazione *preventiva* della legge regionale (allora ancora vigente)<sup>5</sup>. Nel

<sup>3</sup> Anche allora sembrò a molti che con questa sentenza la teoria “dualistica” avesse subito una forte attenuazione, se non una smentita: cfr., per es., F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano 1995, 131 s. Anche le decisioni successive sarebbero una conferma del *revirement* della Corte per A. Marzanati, *Prime note a Corte cost.*, sentenza 20-30 marzo 1995, n. 94, in *Riv.it.dir.pubbl.com.* 1995, 568 ss., 570; A. Celotto, *Dalla “non applicazione” alla “disapplicazione” del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur.it.* 1995, I, 341 ss., F. Bientinesi, *Regolamenti comunitari e controllo preventivo delle leggi regionali*, in *Giur.cost.* 1994, 3458 ss., 3461, che utilizza uno spunto di A. Ruggeri, *Comunità europee, stato e regioni dopo la sentenza n. 170/1984 della Corte costituzionale sull’efficacia dei regolamenti comunitari*, in *Le Regioni* 1985, 433 ss., 441, poi rielaborato in *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale ecc.*, in *Giur.cost.* 1991, 1583 ss., 1610. Dubbi sulla “tenuta” della teoria dualistica sono espressi anche da A. Barone, *La Corte costituzionale ritorna sui rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.* 1995, I, 2050 ss., E. Gianfrancesco, *Giudizio in via d’azione su leggi regionali ed obblighi comunitari*, in *Giur. cost.* 1994, 3477 ss., 3479.

<sup>4</sup> “È appena il caso di aggiungere che non vale la reciproca: l’impugnativa della legge dello Stato da parte della Regione tocca un atto già in vigore, e il contrasto tra la norma interna e quella comunitaria potrà essere definito dai giudici di merito”: sent. 384/1994 (punto 2 della motivazione “in diritto”). Cfr. criticamente cfr. F. Donati, *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1994, 3467 ss., 3476; P. Giangaspero, *Note sull’utilizzazione del diritto comunitario immediatamente applicabile nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in *Giur.cost.* 1994, 3482 ss., 3491 s.; G. Guzzetta, *L’annullamento cit.*, 4259 (nota 88).

<sup>5</sup> Cfr. in questo senso M. Ruotolo, *Competenza della Corte costituzionale in materia di*

giudizio in via d'azione, infatti, la Corte deve comunque sindacare la legge (regionale o statale che sia) assumendo come parametro sia le norme di competenza che il dovere di conformità al diritto comunitario: la violazione del precetto costituzionale si sovrappone alla violazione del precetto comunitario<sup>6</sup>.

Il fatto è che per bene intendere come la giurisprudenza costituzionale delinea le diverse ipotesi di "trattamento" della legge interna in contrasto con l'ordinamento comunitario (disapplicazione da parte del giudice ordinario, oppure impugnazione e annullamento da parte della Corte costituzionale), non bisogna far deviare la propria attenzione seguendo il "cammino comunitario" della Corte, ma è necessario badare piuttosto ai profili di diritto interno. Indubbiamente diversi sono i presupposti per l'attivazione del giudizio di costituzionalità che si presentano rispettivamente nel giudizio in via incidentale e in quello principale<sup>7</sup>. Il giudice ordinario e la Corte costituzionale condividono però l'obbligo di assicurare la prevalenza del diritto comunitario, per cui se la Corte, adita in via d'azione, dichiarasse inammissibile il ricorso, verrebbe meno a questo obbligo<sup>8</sup>.

La riforma dell'art. 127 Cost. ha eliminato la dissimmetria dell'impugnazione *preventiva* della legge regionale; non c'è dubbio che oggi le argomentazioni elaborate dalla sent. 94/1995 si applicherebbero al giudizio di legittimità in via d'azione quale sia l'autore del ricorso o dell'atto impugnato. Tuttavia la riforma costituzionale ha mantenuto la non meno insidiosa asimmetria dell'interesse a ricorrere: su di esso la Corte costituzionale ha imperniato uno *sfavor* per l'impugnazione regionale delle leggi statali che supera il *favor* per l'adempimento degli obblighi comunitari<sup>9</sup>. Di fatto alle regioni resta impedita l'impugnazione delle leggi statali contrarie al diritto europeo (o alle norme costituzionali

*contrasto tra norme comunitarie e leggi regionali impuginate dal governo in via principale*, in *Giur.it.* 1995, I, 333 ss., 341.

<sup>6</sup> Cfr. F. Sorrentino, *Una svolta apparente nel "cammino comunitario" della Corte: l'impugnativa statale delle leggi regionali per contrasto con il diritto comunitario*, in *Giur.cost.* 1994, 3456 ss., 3457 s.; R. Bin, *All'ombra della "La Pergola". L'impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Le Regioni* 1995, 1140 ss.

<sup>7</sup> P. Giangaspero, *Note sull'utilizzazione cit.*, 3490.

<sup>8</sup> In questo senso, cfr. P. Giangaspero, *Note sull'utilizzazione cit.*, 3490 e, prima della sent. 384, M. Siclari, *Le "norme interposte" nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992, 90-92.

<sup>9</sup> Sul tema cfr. diffusamente C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale*, Padova, 2005.

diverse da quelle sul riparto di competenza), mentre la natura di giudice di ultima istanza che la Corte, sulla linea di ragionamento tracciata dalla sent. 94, riconosce a se stessa nel giudizio principale l'ha spinta a sollevare per la prima volta una questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia, con la ben nota ord. 108/2009. Naturalmente sempre di una legge regionale si trattava, però.

## 2. *La giurisprudenza sull'integrazione europea non è una chain novel*

Da queste vicende si ricava una chiara conseguenza. Il modello “dualista” della separazione degli ordinamenti non ha mai cessato di essere la stella polare della giurisprudenza costituzionale italiana, né però ha mai impedito alla Corte costituzionale di assicurare la dovuta strumentazione alla *primauté communautaire*. Sono semmai i meccanismi di diritto interno – tra i quali la complicata rete di rapporti tra Stato e regioni tessuta dalla giurisprudenza della Corte stessa – ad aver guidato il piede talvolta sul freno, altre sull'acceleratore. L'acceleratore ha funzionato di più quando il peso dell'integrazione europea si è concentrato sulle relazioni interne di supremazia tra Stato e regioni, mentre lo stridio del freno si è forse percepito nei momenti in cui veniva tirato in ballo il nodo dei rapporti “costituzionali” tra l'organizzazione europea e gli Stati membri (e della Corte costituzionale con la Corte di giustizia).

Non diversamente si è comportato il tribunale costituzionale federale tedesco. Le reazioni dei commentatori a decisioni come il *Lissabon Urteil* (e tempo addietro il *Maastricht Urteil*) trascurano la non irrilevante circostanza che esse sono la risposta ad attacchi frontali, di principio, mossi alle leggi di ratifica dei trattati europei attraverso il meccanismo della *Verfassungsbeschwerde*. Queste sentenze sono state spesso lette in chiave “catastrofistica”<sup>10</sup>, come se segnassero svolte precipitose nella *chain novel*<sup>11</sup> costituita dalla sequenza dei precedenti: salvo poi tirare un respiro di sollievo se appare una decisione nuova, come il *Mangold-Urteil*, che sembra ripristinare l'antica traiettoria.

<sup>10</sup> Mutuo il termine da E. Cannizzaro, M.E. Bartoloni, *op. cit.*, cui rinvio per l'esame dei commenti.

<sup>11</sup> Uso la nota metafora di R. Dworkin, *Law as Interpretation*, in 60 *Tex. L. Rev.* (1981-1982), 542 ss.; *Law's Empire*, tr. it. *L'impero del diritto*, Milano, 1989, 215 ss.

La giurisprudenza non può essere letta con tanta astratta linearità, tantomeno se si tratta di un giudice costituzionale a cui si può accedere attraverso canali completamente diversi. La *Verfassungsbeschwerde* non pone al Tribunale un caso di applicazione della legge impugnata, come nel giudizio incidentale, o un problema legato essenzialmente al riparto delle competenze, come nei conflitti tra lo Stato e le regioni (o i *Länder*): è uno strumento che può consentire talvolta di sollevare questioni di fondo, che difficilmente avrebbero rilevanza processuale in un giudizio ordinario. *Maastricht* e *Lissabon* sono decisioni in cui il giudice costituzionale tedesco è chiamato a spiegare come si pongano, dal punto prospettico del diritto costituzionale interno, i rapporti tra l'Unione europea e l'ordinamento costituzionale nel suo complesso, cioè a rispondere ad una sequenza di domande che toccano i punti più critici della dommatica costituzionale. Domande a cui nessuno attualmente è in grado di fornire risposte del tutto convincenti, e che quindi sarebbe prudente per il momento lasciare nell'ombra, come poi spiegherò meglio. Non c'è da meravigliarsi, quindi, che il giudice costituzionale tedesco cerchi di affrontare l'ignoto puntando i piedi sul terreno più consolidato, sui presupposti tradizionalmente più conformi alla visione "statalista" dei rapporti comunitari. È il tenore della domanda ad indurlo a fare un passo indietro, ma quello che la corte risponde in simili circostanze serve solo a rintuzzare gli attacchi in campo aperto, non pregiudica la giurisprudenza futura. Perciò anche la *Europarechtsfreundlichkeit* espressa più recente dal *Mangold-Urteil* non può essere salutata come un ritorno sulla retta via<sup>12</sup>.

La strumentazione interna svolge una funzione spesso decisiva. Lo stesso meccanismo della *Verfassungsbeschwerde* offre in altri casi alla corte tedesca uno strumento assai efficace per assicurare il pieno rispetto dell'ordinamento comunitario quando i privati reagiscono contro decisioni delle giurisdizioni di merito che a quell'ordinamento non sono conformi. Qui la corte tedesca non ha le comprensibili preoccupazioni di produrre un'interpretazione *olistica* di ciò che residua della sovranità tedesca dopo l'ennesimo trattato che ristrutturava l'Unione europea. La *Verfassungsbeschwerde* offre invece l'occasione di un *piecemeal approach* che permette di contestare singole sentenze dei giudici di merito. Proprio attraverso il ricorso diretto si è potuto affrontare per esempio la questione se la giurisdizione della Corte di

<sup>12</sup> Si vedano le osservazioni di P. Faraguna, *Il Mangold-Urteil: controllo "ultra-vires", ma da maneggiare europarechtsfreundlich*, in *Quad. cost.* 2010, 863 ss.

giustizia rientri nel principio del giudice naturale e se perciò il privato cittadino possa far valere il *suo diritto* che il giudice nazionale di ultima istanza investa la Corte di giustizia in via pregiudiziale per interpretare il diritto europeo. Questo filone di giurisprudenza, il cui inizio risale nel tempo<sup>13</sup>, è stato ribadito con particolare enfasi anche dopo la “svolta” del *Lissabon-Urteil*: anzi, di recente il tribunale costituzionale federale<sup>14</sup> ha accolto un ricorso diretto contro la sentenza del *Bundesgerichtshof*, l'ultimo grado della giustizia civile, uscendo dal recinto di un giudizio “esterno” sulla riserva di competenza del giudice europeo<sup>15</sup>, per entrare nel merito delle questioni interpretative coinvolte, restituendo gli atti al giudice civile con abbondanti indicazioni in merito alle questioni d'interpretazione della direttiva che *quel giudice* (non certo la corte costituzionale) deve sottoporre alla Corte di giustizia. Perché la corte costituzionale tedesca, come quella italiana, è ben ferma a rifiutare di surrogarsi al giudice ordinario nell'onere di investire direttamente della questione pregiudiziale la Corte di giustizia: mutare questo atteggiamento comporterebbe conseguenze di troppo peso sul piano della visione complessiva dei rapporti tra le due Corti e della teoria della sovranità.

### 3. ... neppure quella della Corte di giustizia

Neppure la Corte di giustizia, del resto, appare del tutto monocorde nell'applicazione della sua visione “monista”. È uno schema comodo che le consente di perseguire l'obiettivo dell'integrazione degli ordinamenti; perciò non è stato mai apertamente derogato. Tuttavia, quand'è il caso, esso può venire applicato in modo sufficientemente “morbido” e temperato, soprattutto attraverso la sottolineatura di un

<sup>13</sup> Già sfiorata nella sentenza *Milchpulver* BVerfGE 31, 145, 169 s., la questione della sussumibilità della Corte di Giustizia nella garanzia costituzionale del giudice precostituito per legge è affermata esplicitamente per la prima volta nella ben nota sentenza *Solange II*, BVerfGE 73, 339, 366 s., ma senza riscontrare la violazione di tale principio da parte del *Bundesverwaltungsgericht*; cfr. in senso negativo anche la sent. *Absatzfonds* BVerfGE 82, 159; in altri casi la corte costituzionale tedesca è giunta ad annullare una sentenza per violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (si veda la sent. *Kloppenburger-Beschluß* BVerfGE 75, 223; BVerfG, 1 BvR 1036/99 del 9.1.2001, in *NJW* 2001, 1267 ss.

<sup>14</sup> BVerfG, 1 BvR 1631/08 del 30.8.2010, in tema di diritti d'autore di copie digitali e analogiche.

<sup>15</sup> In questo senso si veda per es. la citata sent. BVerfGE 82, 159, 195.



certo grado di separazione dei compiti tra giudice europeo e giudice nazionale<sup>16</sup>. Tutto dipende dal livello della questione che viene prospettata alla Corte: proprio come accade per le giurisdizioni costituzionali nazionali.

Si prenda ad esempio la recente sent. *Melki*, sulla compatibilità comunitaria della disciplina della *question prioritaire* in Francia. Affrontando un caso che la pone davanti ad un delicato problema di organizzazione dei meccanismi costituzionali di *judicial review* delle leggi e di interferenza di questi con l'obbligatorietà della questione pregiudiziale di interpretazione del diritto comunitario, la Corte di giustizia si ritrae dalla prima linea su cui si è tanto spesso attestata quando si è trattato di imporre ai giudici nazionali la giusta considerazione dell'autonomia della questione pregiudiziale d'interpretazione e della sua precedenza su ogni altra considerazione. Infatti è massima consolidata della giurisprudenza comunitaria che "un giudice nazionale, adito in una controversia concernente il diritto comunitario, il quale constati l'incostituzionalità di una norma nazionale, non è privato della facoltà né dispensato dall'obbligo, di cui all' art. 177 del Trattato CEE, di sottoporre alla Corte di giustizia questioni relative all'interpretazione e alla validità del diritto comunitario per il fatto che detta constatazione sia soggetta a ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale"<sup>17</sup>; e che "il primato del diritto comunitario impone al giudice nazionale di applicare il diritto comunitario e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie, indipendentemente dalla sentenza del giudice costituzionale nazionale che ha deciso di rinviare la perdita dell'efficacia vincolante delle stesse disposizioni, dichiarate incostituzionali"<sup>18</sup>; ed anzi, il giudice "è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte [di giustizia] e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione"<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Di "netta separazione di funzioni" parla la massima tratatizia della Corte di giustizia (v. per es. nella recente sent. *Erg*, C-378/08).

<sup>17</sup> Sent. *Mecanarte*, C-348/89 (§ 46): in questo senso, già prima, sent. *Rheinmühlen-Düsseldorf*, C-166/73.

<sup>18</sup> Sent. *Filipiak*, C-314/08 (§ 85); ora si veda anche la sent. *Küküçdeveci*, C-555/07 (punti 52-56).

<sup>19</sup> Sent. *Elchinov*, C-173/09 (§ 30).

Ma, di fronte al delicato caso francese, in cui la *Cour de Cassation* contesta la legittimità comunitaria del nuovo ruolo che una riforma di importanza epocale assegna al *Conseil Constitutionnel*, la Corte di giustizia si affretta a fornire una soluzione accelerata (resa opportuna anche dallo stato di detenzione degli imputati), in cui sembra stemperarsi la nettezza dei suoi precedenti. Non si esclude infatti che la legge nazionale possa condizionare il rinvio pregiudiziale al precedente esperimento della questione di costituzionalità<sup>20</sup>, ma si rinvia alle autorità nazionali il compito di praticare un'interpretazione adeguatrice della propria legge ai principi comunitari, indicando le condizioni specifiche rispettando le quali può essere ammessa una procedura incidentale di controllo di costituzionalità con carattere di priorità. La sentenza della Corte di giustizia sembra giocare di sponda con la decisione del *Conseil* di poche settimane prima<sup>21</sup>, con la quale era stata già servita l'interpretazione adeguatrice richiesta dal giudice europeo.

È un bell'esempio di saggezza giurisprudenziale, anche se forse non di ortogonalità argomentativa. Un modo per stemperare gli spigoli delle (reciproche) concezioni dogmatiche cercando nella collaborazione e nel reciproco "venirsi incontro" quegli accomodamenti che consentono alle istituzioni di entrambi gli ordinamenti di funzionare senza che le proprie soluzioni vengano unilateralmente imposte a detrimento di quelle degli altri. E questo è possibile se e fintanto che le questioni di fondo non siano innaturalmente portate in primo piano.

#### 4. "Nulla dire se non ciò che può dirsi"

"Il diritto è una scienza pratica": affermazione tanto comune quanto meritevole di attenzione. Il diritto è fatto per risolvere problemi sociali, non per inseguire la perfezione delle più ardite costruzioni teoriche. Le costruzioni teoriche possono risultare in certi casi indispensabili per raggiungere la migliore soluzione a qualche problema più ostico, ma il più delle volte non aiutano a risolvere i problemi, li generano: non sciolgono i nodi, li stringono.

La natura costituzionale dell'Unione europea è un interrogativo cui oggi non è possibile rispondere con gli strumenti del diritto. Qualsiasi questione attorno alla sovranità ci porta fuori dal campo del giuri-

<sup>20</sup> Sent. *Melki*, C-188/10 (§ 57).

<sup>21</sup> *Décision* n° 2010-605 DC del 12 maggio 2010.

dicamente comprensibile. Se debba preferirsi una visione “monista” o “dualista”, se i rapporti tra gli ordinamenti siano (o debbano essere) di integrazione e di separazione, a quale punto del percorso ideale tra la ‘confederazione’ e la ‘federazione’ si collochi attualmente l’Unione, dove risieda la sovranità, sono tutti problemi metafisici, attorno ai quali si può discettare senza alcuna conclusione utile, prima ancora che convincente. Optare per una o per l’altra delle soluzioni può convenire per meglio “ambientare” una serie di ragionamenti che servono, *sono utili* al fine di trarre delle conclusioni, ossia la soluzione di un determinato caso. Sotto questo profilo, la visione “dualista” e quella “monista” (per usare questa coppia di antitesi teoriche come capofila di tutte le altre) possono essere altrettanto valide, egualmente “efficienti”. Esse servono ai giudici (e ai giuristi in genere) per iniziare una serie di argomenti che portano a decisioni “coerenti con il sistema” (cioè con la catena degli argomenti impiegati, perché la struttura è inevitabilmente ricorsiva). Non spetta a loro cimentarsi in operazioni teoriche più ambiziose, edificare piramidi teologiche o costruzioni esoteriche: “nulla dire se non ciò che può dirsi”<sup>22</sup> è un consiglio sensato, e attorno alla sovranità proprio nulla può dirsi, almeno se si vuole restare nel discorso giuridico. Sono – le corti – sacerdoti di culti diversi, che possono svolgere ecumenicamente assieme le rispettive pratiche confessionali e cooperare nelle opere di carità, ma solo sinché non inizino a interrogarsi a fondo sulla compatibilità delle teologie, dei principi “non negoziabili” e delle precedenze liturgiche.

Anche per il legislatore – nazionale o comunitario che sia – è improduttivo cercare di cimentarsi con costruzioni di tale natura: per bene che vada lo attende il fallimento. La vicenda del *Trattato costituzionale* – un esperimento legislativo che conteneva già nella struttura ossimorica del titolo le premesse del suo infelice esito – ci insegna proprio questo: ogni tentativo di forzare i tempi di un processo assai complicato di trasformazione istituzionale attribuendo un nome a ciò che sta al vertice del sistema, non può che fallire. Fallisce soltanto nel migliore dei casi, perché, come è stato giustamente spiegato osservando le vicende storiche del mondo anglosassone, pretendere di chiarire le zone lasciate in ombra dalla costituzione, assai spesso fa esplodere in modo drammatico i conflitti latenti, che sono celati dai silenzi e dalle elusioni delle costituzioni stesse; ogni ordinamento costituzionale, si rispecchi o meno in una costituzione scritta, si regge

<sup>22</sup> L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 6.53 (tr. it. di A. G. Conte, Torino, 1995).

su tali silenzi, su quel complesso di accordi impliciti che convergono nel lasciare irrisolti questioni fondamentali che riguardano il fondamento ultimo del potere politico<sup>23</sup>. Si tratta quasi sempre di problemi attinenti alla sovranità (contesa tra Re e Parlamento nell'Inghilterra del XVII sec., rivendicata dalle colonie americane contro la madrepatria britannica un secolo dopo, "divisa" tra stati "confederati" e Stati Uniti sino alla guerra di Secessione e oltre, ecc.), termine che costituisce l'*ibi sunt leones* del discorso giuridico.

Per questa ragione la storia dell'integrazione europea rappresenta una lezione preziosa. Essa è costellata di fallimenti seguiti da successi: i fallimenti (quello della *Comunità europea di difesa* nel 1952, la crisi della "sedia vuota" nel 1966, l'insuccesso del progetto Spinelli di Trattato dell'Unione europea nel 1984, le difficoltà referendarie del Trattato di Maastricht e infine le sventure del Trattato costituzionale) hanno colpito tutte le fughe in avanti, i passaggi più arditamente simbolici, gli improvvisi fasci di luce che venivano puntati sui silenzi saggiamente mantenuti attorno all'apparato iconografico della sovranità; i successi invece sono il frutto di compromessi, di conflitti e di accordi istituzionali, di prassi decisionali (si pensi all'uso che si è fatto delle competenze residuali, grazie al compromesso di Lussemburgo che ha mantenuto ferma la regola dell'unanimità), di sentenze "ordinamentali" della Corte di giustizia, che hanno consentito all'ordinamento comunitario di allontanarsi dai modelli tipici delle organizzazioni internazionali, al Parlamento europeo di acquisire un ruolo politico e legislativo che sicuramente può fare invidia a molti parlamenti nazionali (al nostro di sicuro), al mercato interno di realizzarsi con una estensione e un'intensione che vanno al di là di ogni previsione. Edmund Burke guarderebbe con compiacimento alla storia dell'Unione europea, almeno per quello che essa insegna sul piano del metodo: "*line upon line; precept upon precept; until it comes into the currency of a proverb, to innovate is not to reform*"<sup>24</sup>, perché i veri mutamenti si compiono nel lento e approssimativo consolidarsi dei fatti<sup>25</sup>, non per decreto-legge. "Prima facciamo e poi parliamo" è la brillante sintesi di J. Weiler<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> È la tesi brillantemente sostenuta da M. Foley, *The Silence of Constitutions*, London-New York, 1989.

<sup>24</sup> *A Letter to a Noble Lord*, § 22.

<sup>25</sup> "The European Union was built by a process of piecemeal social engineering: indeed it is probably the most successful feat of social engineering in history": G. Soros, *The Euro & the Crisis*, in *New York Review of Books*, 19/2010, 28.

<sup>26</sup> *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, 28.

### 5. *Il principio di entropia e le disposizioni sull'applicazione delle disposizioni*

Nulla di conclusivo può dirsi sulla preferibilità del modello dell'integrazione rispetto a quello della separazione o viceversa. Ognuno di questi modelli funziona abbastanza bene come primo anello di una catena argomentativa che si snoda nella prospettiva dell'ordinamento in cui opera, ma siccome le due catene si intrecciano sempre più man mano che ci si allontana dall'anello iniziale (quello saldato al inconsistente postulato della "sovranità", per intenderci), buona parte delle argomentazioni giuridiche quotidiane possono svolgersi dimenticando il punto d'inizio.

Nell'operare quotidiano forse prevale la "contaminazione" tra i sistemi, o forse meglio la loro *confusione*. Il fenomeno a cui si assiste può essere ben illustrato ricorrendo al *principio di entropia*. In fisica l'entropia indica la tendenza del sistema verso il maggior "disordine". Se si versa una boccetta d'inchiostro in un bicchiere d'acqua la tendenza è verso un progressivo confondersi dei due liquidi, che alla fine raggiungono un punto di equilibrio avendo generato una miscela in cui non è più distinguibile l'uno dall'altro. L'entropia perciò rappresenta la *perdita delle informazioni iniziali* (il colore e la consistenza di ciascun liquido, la sua composizione chimica e struttura fisica, la sua temperatura ecc.): l'ordine e le relative informazioni cedono al disordine e all'equilibrio. La contaminazione è il risultato, il processo è *irreversibile*.

A che serve la metafora? Se sostituiamo boccette e bicchieri con le fonti, gli atti, gli ordinamenti, e il liquidi contenuti dai primi con le norme "contenute" dai secondi, assistiamo ad un fenomeno del tutto analogo all'entropia. Le norme sono significati che si combinano *aumentando l'entropia*, ossia mescolandosi, contaminandosi; l'equilibrio corrisponde alla completa confusione, e la perdita di *ogni informazione sulle fonti*.

La 'norma' è il frutto di un processo intellettuale, il prodotto dell'interpretazione di "cose" quali sono le 'disposizioni', in cui si articolano gli 'atti' prodotti dagli 'ordinamenti'. In questo processo che si svolge nell'intelletto umano influiscono infiniti fattori, dalle convenzioni semantiche (il "*senso... fatto palese dal significato proprio delle parole...*" cui accenna l'art. 12 delle *Preleggi*), alle regole di grammatica e di sintassi ("*... secondo la connessione di esse*"), ai contesti culturali che portano ad accreditare autorità a determinate fonti extralegali: l'*original intent* del legislatore, il ragionamento analogico o quello teleologico (di

tutto ciò reca ancora traccia l'art. 12), il precedente giudiziario, l'analisi economica degli effetti della decisione, i modelli interpretativi riconosciuti da una determinata comunità di interpreti, e ancora avanti in un elenco senza fine.

L'insistita citazione dell'art. 12 *Preleggi* non è casuale, perché in ciascun ordinamento vi sono numerose disposizioni che tendono a selezionare o a ordinare le fonti da cui trarre elementi influenti sul processo di interpretazione, che ne resta perciò condizionato.

Vi possono essere disposizioni preclusive che agiscono nel senso di limitare l'uso di determinati atti o disposizioni: un esempio poteva essere l'art. 34, n. 2, lett. b), TUE (prima della riforma di Lisbona), in cui si escludeva esplicitamente che la decisione-quadro, emanata nell'ambito del terzo pilastro, potesse avere "efficacia diretta". Ma una funzione equivalente la svolgono norme come l'art. 52.5 della Carta dei diritti ("*Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi ... possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità*") degli atti legislativi o esecutivi di attuazione), specie se letta assieme alla disposizione del Protocollo sull'applicazione a Regno Unito e Polonia della Carta dei diritti ("*In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno*").

Sono norme che incidono sulla divisione dei poteri, attraverso le quali il legislatore pone un argine al potere del giudice di "derivare norme" da determinate disposizioni o da un certo tipo di atti. L'intento è insomma lo stesso che ha mosso il Parlamento italiano a sollevare conflitto di attribuzioni contro la Corte di cassazione, colpevole, nel ben noto "caso Englaro", di aver abusato della funzione "mediante un'attività che assume sostanzialmente i connotati di vera e propria attività di produzione normativa". La questione infatti verteva sulla applicazione diretta in sede giudiziaria dei principi costituzionali, ossia sulla possibilità che il giudice ricavi direttamente (ossia senza l'interposizione legislativa) le regole del caso dalle disposizioni "di principio" della Costituzione. "Anche a considerare l'ipotesi che i principi costituzionali siano suscettibili di applicazione diretta in sede giudiziaria – sostiene la difesa della Camera<sup>27</sup> – detta eventualità non

<sup>27</sup> Il passo è riportato nella motivazione dell'ord. 334/2008, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile il conflitto.

può che risultare circoscritta al caso in cui il loro contenuto precettivo sia univoco ed auto sufficiente, come tale in grado di assolvere *ex se* alla funzione di criterio esauriente di qualificazione della fattispecie”. Scavando nella legislazione e nella giurisprudenza<sup>28</sup> si possono reperire innumerevoli altri esempi di meta-norme che delimitano l’uso regolativo delle fonti.

D’altro canto non mancano nell’ordinamento norme che operano nel verso opposto, ovvero che impongono al giudice di tener conto di determinati atti o disposizioni. In questo senso agisce l’art. 101.2 Cost. (la soggezione del giudice “*soltanto alla legge*”), che però serve anche ad escludere, secondo l’opinione comune, la soggezione ai precedenti giudiziari (oltre che a forme di condizionamento politico che non si traducano in atto legislativo); oppure gli artt. 384 c.p.c. e 627.3 c.p.p., che obbligano il giudice ad uniformarsi al principio di diritto stabilito dalla Cassazione. Ogni *ordine di esecuzione* e ogni *norma di rinvio* hanno la funzione di indicare gli atti normativi o di cui il giudice deve fare uso per derivarne la regola del caso. Lo stesso art. 10 della legge cost. 3/2001, che contiene la “clausola di maggior favore” per le regioni speciali, prevedendo un “adeguamento automatico” della attribuzioni di queste regioni alla “più ampia autonomia” garantita dalla riforma costituzionale alle regioni ordinarie, invita implicitamente ad un’applicazione diretta delle norme costituzionali come nuovo “titolo” di competenza, in aggiunta o in sostituzione delle norme vigenti.

## 6. Entropia e interpretazione

Queste norme servono a guidare l’attività dell’interprete nel momento della selezione delle fonti da cui trarre la regola del caso. Spesso esse si confondono con i canoni dell’interpretazione, benché la selezione dei documenti da interpretare e la loro interpretazione siano due momenti logicamente distinti<sup>29</sup>. Dottrine come la *primauté*

<sup>28</sup> La stessa Corte costituzionale, con le sentenze 348 e 349 del 2007, ha posto un blocco preciso all’utilizzabilità diretta delle norme CEDU da parte del giudice italiano.

<sup>29</sup> È un aspetto che ho cercato di approfondire in un precedente saggio, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*, Scritti in onore di Lorenza Carlassare, I (*Le fonti del diritto*), a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli, 2009, 35 ss. (spec. 50 ss.).

del diritto comunitario o dell'*effet utile* delle norme europee svolgono l'una e l'altra funzione assieme, così come nell'ordinamento italiano si collocano sul crinale tra le due funzioni la dottrina della diretta applicabilità dei principi costituzionali o quella della "non applicazione" delle leggi nazionali in contrasto con le norme europee *self executing*.

Non c'è da stupirsi. Simili dottrine sono state elaborate dalla giurisprudenza e non dalla legislazione: non muovono perciò nella prospettiva di delimitare le competenze dei giudici, ma in quella opposta di consentire a questi di assicurare la tutela dei diritti. Dalla sentenza *van Gend* in poi questa è stata la prospettiva che ha accomunato i giudici europei e nazionali impegnati a maneggiare gli atti normativi della Comunità europea. Gli stessi connotati che deve possedere la norma europea per produrre effetti diretti sono perciò descritti non guardando alle caratteristiche della *disposizione* (ossia dal punto di vista del legislatore), ma a quelle della *norma*, della regola che il giudice deve ottenere per decidere il caso (quindi dal punto di vista dell'interprete). Fondamentale è che essa sia *completa e incondizionata*, ossia la sua applicazione non implichi l'interposizione di valutazioni discrezionali da parte del legislatore o dell'amministrazione, perché altrimenti il giudice che l'applicasse direttamente nel giudizio sconfinerebbe dalla sua funzione e invaderebbe le attribuzioni di altri poteri dello Stato.

C'è una fondamentale differenza tra la regola con cui il legislatore impone o vieta ai giudici di applicare direttamente le norme derivanti da un determinato atto normativo e la regola che il giudice elabora per stabilire se una determinata norma possa o meno avere applicazione diretta. Nel primo caso siamo di fronte ad una *disposizione*, soggetta ad interpretazione da parte di giudici; nel secondo di fronte ad una *norma* che vuole disciplinare l'attività di interpretazione, ma allo stesso tempo ne è il frutto: una meta-norma che indica come selezionare il materiale normativo rilevante per l'estrazione della norma del caso. A loro volta queste meta-norme sono solo in parte influenzate da *disposizioni* specifiche. È significativo che nelle storiche sentenze *van Gend* e *Costa c. Enel* la Corte di giustizia sia giunta ad elaborare la teoria degli effetti diretti ragionando sulla base non della interpretazione di specifiche disposizioni, ma del *sistema* formato dal trattato ("secondo lo spirito, la struttura ed il tenore del trattato"), da cui emerge l'esigenza che "i diritti individuali degli amministrati", che il diritto comunitario attribuisce loro "nello stesso modo in cui impone ai singoli degli



obblighi”, non rimangano “privi di tutela giurisdizionale diretta”<sup>30</sup>. Il giudizio è instaurato dalla richiesta di riconoscimento di un diritto, e al giudice è imposto – dallo stesso legislatore! – il divieto di *non liquet* (ancora l’art. 12 *Preleggi* viene in rilievo).

Ora, la teoria della applicabilità diretta non si propone solo nel diritto comunitario, ma è una categoria di teoria generale<sup>31</sup>: i suoi presupposti sono sempre l’inerzia del legislatore di fronte ad un obbligo di provvedere (o di una insufficiente o cattiva implementazione dell’obbligo) e l’esigenza che a subirne il danno non sia il cittadino, il cui affidamento nella effettività della norma ancora da attuare sarebbe frustrato dal comportamento scorretto del soggetto su cui grava il compito dell’attuazione. Il divieto (giurisprudenziale) di riconoscere l’effetto diretto delle norme europee nelle relazioni “orizzontali” tra privati cittadini tende a sovrapporre i due presupposti, richiedendo che si realizzino entrambi congiuntamente (da cui la prevalenza dell’aspetto sanzionatorio dello Stato inadempiente che sin dall’inizio ha caratterizzato il riconoscimento degli effetti diretti delle direttive europee): ma la spinta al riconoscimento del diritto soggettivo preme nel senso di far prevalere questa esigenza su ogni altra considerazione. La giurisprudenza della Corte di giustizia è sempre più sottoposta a questa pressione, che diventa incontenibile quando il diritto soggettivo del privato è rafforzato dall’appello al principio fondamentale di non discriminazione, come nelle recenti sentenze *Mangold* e *Kükükdeveci*<sup>32</sup>. Come l’Avvocato generale Bot ha messo in luce nel caso *Dita Danosa*<sup>33</sup>, “il giudice nazionale deve interpretare il suo diritto interno, per quanto possibile, in maniera conforme al diritto dell’Unione, per conseguire il risultato da esso perseguito, e, se tale interpretazione non è possibile, deve disapplicare la disposizione del suo diritto interno contraria al diritto dell’Unione, se le sue norme di procedura gli conferiscono questo potere”. Come si può notare, il piano del *criterio interpretativo* della “interpretazione conforme” e quello della *selezione della disposizione* d’applicare (o da disapplicare) si sovrappongono, si intrecciano

<sup>30</sup> Le citazioni, ben note, sono tratte dalla sent. *van Gend & Loos*, C-26/62.

<sup>31</sup> In questo senso cfr. A. Guazzarotti, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli, 2011 (in corso di stampa) che, oltre alla prospettiva del diritto dell’Unione europea, esamina il funzionamento della categoria anche in altri contesti, quali l’applicazione diretta dei principi costituzionali, della legge di delega, della legge che autorizza un regolamento, della legge cornice, dei trattati ecc.

<sup>32</sup> Rispettivamente C-144/04 e C-555/07.

<sup>33</sup> Nelle Conclusioni in C-232/09, punto 110.

e si confondono, nella tensione verso l'obiettivo, che è assicurare la tutela del diritto soggettivo. Ecco che s'inizia a intravedere come opera l'entropia.

L'*interpretazione conforme* è la porta che marca idealmente il passaggio dalla scelta degli atti e delle disposizioni rilevanti per la decisione all'interpretazione di essi: è il momento in cui l'entropia inizia a manifestare l'inesorabilità dei suoi effetti.

L'obbligo per l'interprete di ricercare il significato della disposizione che meglio ne assicuri la compatibilità con le norme di rango superiore è solo l'aspetto più evidente del fenomeno, quello che tiene ancora ben saldi i rapporti che legano l'ordine di precedenza tra gli atti, fissato dall'ordinamento (la prevalenza della norme europee su quelle interne, la supremazia della Costituzione sulle fonti primarie, della legge di delega sul decreto delegato<sup>34</sup>, della legge sul provvedimento amministrativo<sup>35</sup> ecc.), con il processo di attribuzione di significato alle disposizioni e di applicazione di esse al caso concreto.

'Applicare' è operazione che riguarda cose, oggetti<sup>36</sup>: 'applicare la legge al caso concreto' è una metafora che cela un doppio *transfer* dal "fuori" al "dentro", ossia dal mondo reale (quello degli oggetti, in cui esistono i documenti normativi e le loro proposizioni, ma anche il fatto "dedotto" davanti al giudice) al mondo intellettuale; allude quindi ad un processo intellettuale<sup>37</sup> che pone in relazione due "costruzioni", quella della *norma* e quella del *caso* ("che pertanto viene anch'esso concettualizzato o astrattizzato")<sup>38</sup>. Ridotti a costruzione intellettuale plasmata dal rigore del linguaggio giuridico, *norma* e *caso* entrano finalmente in uno schema conclusivo del ragionamento che viene tradizionalmente riassunto nelle forme logiche del sillogismo, quintessenza del ragionamento giuridico<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Si veda per es. la sent. 341/2007, che riassume gli orientamenti della Corte costituzionale in tema di interpretazione della delega legislativa.

<sup>35</sup> Si veda per es., tra le tante, la sent. del Cons. Stato, V sez., 6649/2005.

<sup>36</sup> Applicare significa "accostare o apporre un oggetto ad un altro, per modo che si tocchino" (*Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana* di O. Pianigiani).

<sup>37</sup> Cfr. J. Wróblewski, *Teoria e ideologia dell'interpretazione*, in *Problemi di teoria del diritto*, a cura di R. Guastini, Bologna, 1980, 247.

<sup>38</sup> G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941, 15. Sottolinea il "carattere bilaterale" dell'interpretazione G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 170 ss., il quale giustamente insiste sulla differenza tra il "fatto" e il "caso" (179), definendo il caso come "fatto interpretato" (197).

<sup>39</sup> Cfr. P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 19 ss.

Ma nel processo di interpretazione/applicazione delle norme al caso concreto, tendono a perdersi le “informazioni” relative al rango degli atti, alla loro appartenenza agli ordinamenti, al sistema delle gerarchie e delle precedenze. La “interpretazione conforme” lo mostra con chiarezza, perché in essa il significato della disposizione interpretata si fonda con la norma presa a riferimento, al punto che è difficile dire quale sia la fonte della “regola del caso” che viene tratta. Dice la Corte di giustizia che “il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell’ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro”: lo dice nella motivazione della ben nota sentenza *Pupino*, in cui l’interpretazione conforme viene impiegata come surrogato degli “effetti diretti” della norma comunitaria, espressamente vietati dal trattato riguardando atti ricadenti nel “terzo pilastro”<sup>40</sup>. Il giudice che segue le prescrizioni della Corte applicherà una norma *formalmente* imputata alla disposizione interna, ma *sostanzialmente* “condizionata” da quella europea.

Le due norme si “saldano”<sup>41</sup> perdendo l’informazione della loro origine, ma il fenomeno è reso meno evidente dalla “memoria” dell’ordinamento gerarchico che il fenomeno trattiene, perché è la “prevalenza” dell’ordinamento comunitario o la superiorità della costituzione a giustificare l’osmosi tra il significato tratto da una disposizione e il significato attribuito all’altra. Può accadere anche il contrario, però, ossia che sia il testo “superiore” a subire passivamente l’osmosi, ad essere cioè interpretato in modo conforme al significato delle disposizioni inferiori. Nel contesto dell’interpretazione costituzionale il fenomeno dell’interpretazione *conforme alla legislazione ordinaria* è riconosciuto sin dal saggio che W. Leisner ha pubblicato proprio negli anni in cui in Germania fioriva la letteratura sulla *Verfassungskonforme Gesetzesauslegung*<sup>42</sup>; ma del “riempimento dal basso in alto” – significati che risalgono dalle leggi ordinarie per integrare le norme costituzionali – vi sono vistosissime tracce anche nel

<sup>40</sup> C-105/03. Le conclusioni dell’avvocato generale Bot citate nel paragrafo precedente evidenziano altrettanto bene questa ambigua fungibilità delle due figure.

<sup>41</sup> Il termine è di O. Chessa, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi, Torino, 2002, 420 ss., 425.

<sup>42</sup> Cfr. W. Leisner, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964.

nostro ordinamento, come è stato da tempo rilevato, per esempio, da G. Zagrebelsky<sup>43</sup>. La “contaminazione” delle nozioni di diritto interno con le nozioni derivanti dall'ordinamento europeo sono fin troppo evidenti a tutti i livelli. Basti un solo esempio, come la “materia” *tutela della concorrenza*, introdotta dalla riforma dell'art. 117 Cost. del 2001, sia stata riletta dalla Corte costituzionale<sup>44</sup> secondo gli schemi prodotti dalla legislazione e dalla giurisprudenza europea e come questa rilettura trovi applicazione anche in casi in cui non v'è alcun rapporto con l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>45</sup>. Quanto al diritto europeo, affermarne i “debiti” nei confronti dei diritti nazionali rischierebbe di diventare persino tautologico: sebbene sia evidente che i modelli giuridici offerti da un sistema giuridico fortemente pluralista conferiscono al giudice europeo la possibilità di scegliere quello che di volta in volta meglio si adatta alle esigenze dell'ordinamento europeo<sup>46</sup>, tuttavia le vie dell'osmosi sono aperte, e talvolta persino programmate<sup>47</sup>.

Come notava Leisner, i contenuti – cioè le “norme” – si riempiono di significati scelti a prescindere dalle “forme”, cioè dalla qualificazione degli atti, dal loro *status* gerarchico o dalla loro origine: dalle diverse disposizioni si traggono significati che si combinano senza “unidire-

<sup>43</sup> Cfr. *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. Cost.* 1970, 904 ss., 913 – 915. Basterebbe ricordare del resto tutte le sentenze emanate dalla Corte costituzionale in applicazione del “nuovo” Titolo V nelle quali alla definizione della “materia” contestata si procede movendo dal d.P.R. 616 o dai “decreti Bassanini”, ossia dalle definizioni delle materie contenute in testi di legge ordinaria. Ma in tutte le tematiche legate ai diritti di libertà l'“osmosi” è molto evidente: si pensi per es. a come la nozione costituzionale di ‘domicilio’ si sia solo molto lentamente estraniata dalla nozione contenuta nella legislazione penale (fenomeno analogo è registrato anche nella giurisprudenza tedesca: cfr. O. Majewski, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin 1971).

<sup>44</sup> Sin dalla sent. 14/2004.

<sup>45</sup> Si veda per es. le sent. 430/2007 e 288/2010 in materia di disciplina degli esercizi commerciali, o la sent. 26/2009 sulla disciplina dei *call center*.

<sup>46</sup> “Comparative law becomes, in this way, one more instrument of what is the prevailing technique of interpretation at the Court: teleological interpretation”: M.P. Maduro, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *EJLS* Vol. 1, n. 2, 7. Cfr. già P. Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des Etats membres*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1980, 353 ss.; più in generale cfr. K. Lenaerts, *Interlocking legal orders in the European Union and comparative law*, in *ICLQ*, 2003, 873 ss. e V. Skouris, *L'influence du droit national et de la jurisprudence des juridictions des Etats membres sur l'interprétation du droit communautaire*, in *Il diritto dell'UE*, 2008, 239 ss.

<sup>47</sup> Come nel caso dell'art. 52.3 della Carta dei diritti, con riferimento ai diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU.

zionalità e gerarchia”<sup>48</sup>. Il che significa che il processo d’interpretazione tende a fuoriuscire dalla logica gerarchica del “sopra” e del “sotto” o da quella “competenziale” del “dentro” e del “fuori” che riflette i rapporti tra ordinamenti; ma diventano promiscue anche le relazioni tra ciò che proviene dal mondo delle “fonti del diritto” e ciò che invece rinvia a riferimenti culturali complessi (la grammatica, la sintassi, le convenzioni linguistiche, i modelli culturali, le regole deontologiche, gli usi commerciali e le pratiche accreditate dai produttori di settore, ecc.) che non appartengono all’*oggetto* dell’interpretazione, ma al suo contesto.

Definizioni, nozioni tecniche, strutture argomentative, contesti di significato e di valore, criteri attributivi di autorità, criteri di validazione degli argomenti, sono tutti prodotti intellettuali che nel processo di interpretazione e di individuazione della “norma del caso” si confondono. Come spiega il principio di entropia, la confusione comporta una progressiva perdita d’informazione sulla natura delle sostanze che la subiscono: “L’entropia è una misura della mancanza di informazione dettagliata relativamente a un sistema fisico. Più grande è l’informazione, più piccola sarà l’entropia. L’informazione rappresenta un termine negativo nell’entropia di un sistema”<sup>49</sup>. Più cresce l’entropia, meno informazione è disponibile: e questo processo non è reversibile, anche perché infiniti sono i modi per cui si produce il disordine, uno solo è quello che riporterebbe all’ordine iniziale.

“La confusione, come il termine correlato ordine, non è una proprietà delle cose materiali in sé, ma è solo relativa alla mente che le percepisce”. Questa nota affermazione di J.C. Maxwell ci spiega in cosa ricercare l’ordine e le sue informazioni. Gli ordinamenti giuridici cercano di *prevenire* la confusione attraverso prescrizioni che indicano agli interpreti che uso fare dei materiali normativi disponibili (*supra*, § 5): forse è un aspetto del loro anelito verso la sovranità la pretesa di “definire” l’universo degli atti di cui devono far uso gli interpreti e le modalità in cui devono essere impiegati. Ma, soprattutto in sistemi complessi, dinamici e policentrici come il nostro, queste informazioni non bastano a condizionare il lavoro degli interpreti. Nella dimensione delle *norme*, della produzione di significati che devono fornire la regola per gli infiniti casi dedotti o deducibili in giudizio, quell’ordine, quelle

<sup>48</sup> O. Chessa, *Drittwirkung e interpretazione*, cit.

<sup>49</sup> L. Brillouin, *Science and Information Theory*, New York, 1962<sup>2</sup>, 293 (la traduzione è mia).

informazioni tendono a sbiadirsi, a perdere l'esattezza dei loro contorni, a confondersi tra loro e con innumerevoli altre informazioni.

A conclusione del processo di interpretazione, in via *successiva* dunque, sarà la motivazione dell'atto interpretativo a cercare di ricomporre i tasselli giustificando i singoli passaggi del processo e riordinando le informazioni che consentono di far risalire le *norme alle disposizioni*, agli atti, agli ordinamenti, e ai criteri posti preventivamente dal legislatore. Localmente (cioè nelle singole decisioni), e con un notevole dispendio di energia, un qualche ordine – perso a livello di sistema – può essere ristabilito, le norme vengono ricollegate alle disposizioni, agli atti e agli ordinamenti, e nuove tracce vengono fornite come informazione agli interpreti futuri.

