

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
COLLANA CRISPEL
SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO ED EUROPEO

diretta da Franco Modugno

Monografie

1

COLLANA CRISPEL

SEZIONE DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO ED EUROPEO

Direzione scientifica

Franco Modugno (Università Sapienza di Roma)

Comitato di direzione

Augusto Cerri (Università Sapienza di Roma), Stefano Maria Cicconetti (Università Roma Tre), Margherita Raveraira (Università di Perugia)

Comitato scientifico

Pierre Avril (Università Paris II), Paolo Carnevale (Università Roma Tre), Alfonso Celotto (Università Roma Tre), Augusto Cerri (Università Sapienza di Roma), Carlo Chimenti (Università Roma Tre), Stefano Maria Cicconetti (Università Roma Tre), Carlo Colapietro (Università Roma Tre), Teresa Freixes (Universitat Autònoma de Barcelona), Walter Leisner (Erlangen University – Norimberga), Franco Modugno (Università Sapienza di Roma), Margherita Raveraira (Università di Perugia), Marco Ruotolo (Università Roma Tre), Giovanni Serges (Università Roma Tre), Massimo Siclari (Università Roma Tre).

SEZIONE DI SCIENZA POLITICA E POLITICA COMPARATA

Direzione scientifica

Pietro Grilli di Cortona (Università Roma Tre)

Comitato di Direzione

Antonio Agosta (Università Roma Tre), Giampiero Cama (Università di Genova), Orazio Lanza (Università di Catania), Barbara Pisciotta (Università Roma Tre)

Comitato Scientifico

Antonio Agosta (Università Roma Tre), Giampiero Cama (Università di Genova), Pietro Grilli di Cortona (Università Roma Tre), Orazio Lanza (Università di Catania), Luca Lanzalaco (Università di Macerata), Oreste Massari (Università Sapienza di Roma), Liborio Mattina (Università di Trieste), Gianfranco Pasquino (Università di Bologna), Barbara Pisciotta (Università Roma Tre), Francesco Raniolo (Università della Calabria), Francisco José Vanaclocha Bellver (Università Carlos III di Madrid)

Federica Mannella

**GIUDICI COMUNI
E APPLICAZIONE DELLA COSTITUZIONE**

Editoriale Scientifica

NAPOLI

Questo volume è stato sottoposto a valutazione da parte di due *referees* anonimi, secondo le regole consultabili sul sito CRISPEL (<http://uniroma3.it/centri/crispel>).

Proprietà letteraria riservata

© Copyright luglio 2011 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli

ISBN 978-88-6342-248-1

Ai miei genitori

INDICE

Introduzione XIII

CAPITOLO I

Il ruolo del giudice nell'ordinamento costituzionale: interpretazione e produzione del diritto

1. Premessa: il fondamento costituito dall'art. 101, 2° comma, Cost. 1
2. I lavori dell'Assemblea Costituente in relazione all'art. 101, 2° co., Cost.: i diversi significati del sintagma “soltanto alla legge” 3
3. L'art. 101, 2° co., Cost. e la distinzione tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* 6
4. Il giudizio secondo coscienza e il riscontro di conformità a Costituzione nel Progetto Calamandrei 9
5. L'art. 101, 2° co., Cost. ed il libero convincimento del giudice 14
6. L'evoluzione del ruolo del giudice a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione 19
7. L'attività interpretativa del giudice 26
8. Interpretazione *vs.* applicazione 31
9. La natura “creativa” della giurisprudenza 35

CAPITOLO II

I problemi dell'interpretazione costituzionale

1. Il problema della specificità dell'interpretazione costituzionale 39
2. Gli agenti dell'interpretazione costituzionale: in particolare Corte costituzionale e giudice comune 40
 - 2.1. Agenti dell'interpretazione costituzionale e interpretazione conforme a Costituzione 43
3. L'oggetto dell'interpretazione costituzionale: le caratteristiche del testo costituzionale 48
 - 3.1. Interpretazione costituzionale e art. 12 delle Preleggi 58
4. Le tecniche argomentative dell'interpretazione costituzionale: individuazione, ponderazione e bilanciamento dei principi 61

CAPITOLO III

L'applicazione "diretta" della Costituzione: quali spazi

- | | |
|--|-----|
| 1. Premessa: definizione dell'ambito di indagine | 73 |
| 2. Una prima forma di applicazione diretta: riconoscimento di una possibile <i>vis</i> abrogativa della Costituzione | 75 |
| 2.1. Alcuni esempi di <i>vis</i> abrogativa di norme costituzionali, di per sé sufficienti a provocare l'abrogazione di norme anteriori di rango legislativo | 83 |
| 3. Altro caso di applicazione "diretta" della Costituzione: la c.d. <i>Drittwirkung</i> | 96 |
| 3.1. Un primo, storico, esempio di applicazione "diretta" della Costituzione: l'art. 36 Cost. | 101 |
| 3.2. L'attuazione giudiziaria dell'art. 2 Cost. in materia di risarcibilità dei diritti inviolabili | 104 |

CAPITOLO IV

Segue: Applicazione diretta della Costituzione e "creazione" della norma da parte del giudice

- | | |
|---|-----|
| 1. L'applicazione diretta della Costituzione nei casi di lacuna legislativa: il principio di autodeterminazione terapeutica e il consenso informato | 117 |
| 2. La vicenda Welby: un esempio di diritto costituzionale accertato ma non tutelato. Un'ipotesi di violazione del divieto di <i>non liquet</i> ? | 120 |
| 3. La vicenda Englaro tra applicazione diretta della Costituzione e "creazione" giurisprudenziale | 124 |
| 3.1. Il seguito della giurisprudenza della Cassazione in materia di autodeterminazione terapeutica e di consenso informato | 132 |

CAPITOLO V

Il giudice tra interpretazione conforme a Costituzione ...

- | | |
|---|-----|
| 1. Premessa: l'interpretazione conforme come applicazione "diretta" della Costituzione? | 135 |
| 2. Le origini e l'affermazione della tecnica dell'interpretazione conforme | 139 |
| 3. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di "dovere" di interpretazione conforme | 142 |
| 4. I limiti all'interpretazione conforme a Costituzione per il giudice remittente alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale | 148 |

- | | |
|---|-----|
| 4.1. Interpretazione conforme e diritto vivente | 150 |
| 5. Un problematico esempio di “interpretazione conforme” (oltre la lettera delle disposizioni?) | 154 |

CAPITOLO VI

Segue: ... e l'interpretazione conforme al diritto comunitario e alla Cedu

- | | |
|---|-----|
| 1. Il ruolo del giudice a seguito della realizzazione dell'ordinamento comunitario | 161 |
| 2. Giudice e diritto comunitario: dovere di interpretazione conforme e potere di disapplicazione. Le indicazioni dettate dalla Corte di Giustizia | 169 |
| 3. Lo strumento del rinvio pregiudiziale | 178 |
| 4. Il giudice tra interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme al diritto comunitario: quali limiti? | 180 |
| 4.1. Il Consiglio di Stato ed il problema dei controllimiti: il caso Federfarma | 183 |
| 5. ... E l'interpretazione conforme alla Cedu | 189 |
| 6. Corte costituzionale e giudici amministrativi: il freno al tentativo di riconoscere diretta applicabilità alle norme della Cedu | 194 |

CAPITOLO VII

Considerazioni conclusive 201*Bibliografia* 223*Abstract* 236

INDEX

Introduction XIII

CHAPTER I

Judge's role in the constitutional order: interpretation and production of law

1. Introduction: the foundation of art. 101, paragraph 2, Cost. 1
2. The Constituent Assembly's works in relation to art. 101, paragraph 2, Cost.: different meanings of the principle "judges are subject only to law" 3
3. Art. 101, paragraph 2, Cost. and the distinctions between civil law orders and common law orders 6
4. The "judgement in conscience" and the law's compliance with the Constitution in the "Calamandrei Project" 9
5. Art. 101, paragraph 2, Cost. and the "free judge's belief" 14
6. The evolution of the judge's role following the entry in force of the Constitution 19
7. The judge's interpretative activity 26
8. The law's interpretation activity *versus* the law's enforcement activity 31
9. The "creative" nature of the jurisprudence 35

CHAPTER II

The interpretation of the Constitution

1. The issue of the specificity of the Constitution's interpretation 39
2. Actors of the Constitution's interpretation: in particular, the Constitutional Court and the common judge 40
 - 2.1. Actors of the Constitution's interpretation and the law's interpretation compliant with the Constitution 43
3. The object of the Constitution's interpretation: features of the Constitution's text 48
 - 3.1. The Constitution's interpretation and art. 12 of the "Preleggi" 58

4. Topics of the Constitution's interpretation: individuation, ponderation and balancing of constitutional principles 61

CHAPTER III

The "direct" enforcement of the Constitution: what chances?

1. Introduction: definition of the investigation area 73
2. A first case of direct enforcement of the Constitution: admission of the Constitution's power to abrogate previous laws 75
- 2.1. Examples of the Constitution's power to abrogate previous legislative rules 83
3. A further example of "direct" enforcement of the Constitution: the so-called "Drittwirkung" 96
- 3.1. A first historical case of "direct" enforcement of the Constitution: article 36 Cost. 101
- 3.2. The judicial enforcement of article 2 Cost.: the possibility to refund inviolable rights 104

CHAPTER IV

Continued: the direct enforcement of the Constitution and the law's "creation" by the judge

1. The direct enforcement of the Constitution in case of legislative gaps: the therapeutic self-determination principle and the informed consent 117
2. The "Welby" case: an example of constitutional right ascertained but unprotected. Is this a probable breach of the "*non liquet*" prohibition? 120
3. The "Englaro" case between the direct enforcement of the Constitution and the law's "creation" by the judge 124
- 3.1. The follow-up jurisprudence of the Court of Cassation on the therapeutic self-determination principle and the informed consent 132

CHAPTER V

The judge between the law's interpretation in compliance with the Constitution ...

1. Initial considerations about the law's interpretation in compliance with the Constitution: a "direct" enforcement of the Constitution? 135

2. Origins and achievement of the law's interpretation in compliance with the Constitution	139
3. Evolution of constitutional jurisprudence regarding the "duty" to interpret law in compliance with the Constitution	142
4. Limits in interpreting law in compliance with the Constitution in light of the most recent constitutional jurisprudence	148
4.1. Law's interpretation in compliance with the Constitution and "case law"	150
5. A problematical case of interpretation compliant with the Constitution	154

CHAPTER VI

Continued: ... and law's interpretation in compliance with EU law and European Convention of Human Rights (ECHR)

1. The judge's role after the enactment of the EU Law	161
2. The judge and the EU Law: the duty to interpret Italian law in compliance with the EU law and the power to not enforce national law. Recommendations of the European Court of Justice	169
3. The prejudicial remand	178
4. The judge between the law's interpretation in compliance with the Constitution and the law's interpretation in compliance with the EU Law: what limits?	180
4.1. The Council of State and the theory of "controlimiti" (counter-limitations): the "Federfarma" case	183
5. ... and interpretation of law in compliance with European Convention of Human Rights	189
6. The Constitutional Court and administrative judges: a brake to the attempt to admit the direct enforcement of ECHR rules	194

CHAPTER VII

Final considerations 201

<i>Bibliography</i>	223
---------------------	-----

<i>Abstract</i>	238
-----------------	-----

Abstract

Lo studio ricostruisce l'evoluzione del ruolo del giudice comune e della sua libertà interpretativa nell'ordinamento costituzionale, soprattutto in relazione alle possibilità applicative che la Costituzione ha presentato sin dal momento della sua entrata in vigore e che tuttora maggiormente presenta.

L'ampliamento degli spazi interpretativi concessi al giudice viene dunque analizzato parallelamente ai diversi modi di intendere e concepire la Costituzione nel tempo, evidenziando, in particolare, come questi ultimi abbiano decisamente influenzato e contribuito a definire la funzione dell'organo giudiziario, anche nei rapporti con il legislatore e la Corte costituzionale.

L'indeterminatezza della gran parte delle disposizioni costituzionali, ma al contempo la riconosciuta normatività della Costituzione stessa, soprattutto a partire dalle primissime pronunce della Corte costituzionale, hanno via via consentito al giudice un progressivo avvicinamento alla possibilità di applicazione diretta delle norme e dei principi costituzionali.

Attraverso l'esame di alcuni casi emblematici, lo studio ha individuato una serie di macroaree di operatività del giudice rispetto alla diretta applicabilità di norme desumibili dal testo costituzionale e nello specifico:

- la questione relativa al possibile riconoscimento di una *vis* abrogativa delle norme costituzionali (anche di revisione costituzionale) rispetto alla legislazione anteriore che risulti con esse in contrasto, come *prima forma* di applicazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune, il quale, rilevata l'intervenuta abrogazione, *applica in via diretta i disposti costituzionali* sopravvenuti in luogo delle leggi anteriori abrogate;

- la tematica relativa alla utilizzabilità in via diretta delle disposizioni costituzionali – concernenti, in particolare, i diritti inviolabili – da parte del giudice per l'individuazione di regole da applicare nei rapporti tra privati, secondo la nota teoria tedesca della *Drittwirkung*. La casistica esaminata al riguardo ha mostrato che il giudice finisce con il trarre la norma per la risoluzione del giudizio dal combinato disposto di norme di legge e di norme costituzionali, operato che si risolve in un ampliamento del potere interpretativo tale da assumere connotati quasi "creativi";

- il problema della natura creativa della giurisprudenza comune si ripresenta e trova la più significativa espressione in quei casi di "vuoto legislativo", laddove, in mancanza di specifiche previsioni legislative che regolino nuove

ipotesi oggetto di decisione, il giudice è “costretto” a ricorrere in via diretta ed esclusiva ai principi costituzionali, per “coniare” la norma per la risoluzione del caso concreto, seguendo il criterio dell’analogia *iuris*, dettato dall’art. 12 delle Preleggi, opportunamente rivisitato alla luce della Costituzione e dei principi in essa contenuti;

- infine l’obbligo di interpretazione conforme mostra l’evidente necessità di approccio diretto, in chiave ermeneutica, da parte del giudice alla Costituzione, al fine di applicare al caso oggetto del giudizio la norma nel suo significato adeguato al testo costituzionale, forzando, perfino, in casi estremi, la tenuta del testo legislativo.

L’indagine svolta e i casi analizzati mostrano un’evoluzione del ruolo del giudice, di conseguenza, anche nei rapporti con gli altri organi costituzionali. Da una parte, con la Corte costituzionale, la quale, tramite l’obbligo di interpretazione conforme rivolto ai giudici, ha negato il proprio monopolio nell’interpretazione costituzionale, contribuendo ad avvicinare gli stessi, sempre più, alla Costituzione; ne è conseguito un mutamento del rapporto tra giudici e Corte in senso fortemente collaborativo, pur nella diversità delle rispettive funzioni. Dall’altra, invece, l’aspetto collaborativo intrinsecamente legato al rapporto tra giudice e legislatore è risultato sempre meno pervasivo, laddove di fronte alle carenze ed inefficienze dell’operato legislativo, il giudice ha trovato spazi maggiori per la propria libertà interpretativa, talvolta in senso addirittura suppletivo, seppur nei limiti del caso concreto.

Da ultimo, il lavoro evidenzia l’ulteriore evoluzione che ha subito il ruolo del giudice di fronte alla dovuta applicazione del diritto comunitario e delle norme CEDU. Le difficoltà che il giudice si trova a dover affrontare di fronte al mutamento in tal senso del sistema delle fonti si riversano, sostanzialmente, nello sforzo di interpretazione conforme non solo alla Costituzione, ma anche al diritto dell’Unione (con possibilità di disapplicazione della norma interna) e alle norme internazionali pattizie, e nella conseguente necessità di coordinare e contemperare i tre piani di interpretazione, anche nelle loro eventuali, ma possibili, discrasie.

Abstract

This study describes the evolution of the judge's role and of the judge's freedom to interpret law in the constitutional order, mainly with respect to the enforcement chances provided for by the Constitution since its coming into force and still now.

The extension of the judge's power to interpret law has been analysed together with the different ways to understand the Constitution in the course of time. In particular, it has been highlighted how these different ways to understand the Constitution have definitely influenced and contributed to define the judge's role, even with respect to the judge's relations with the legislator and the Constitutional Court.

The indefiniteness of the majority of the Constitutional rules and, at the same time, the recognized prescriptive nature of the Constitution – especially in the first sentences of the Constitutional Court – allowed the judge's gradual approach to the direct enforcement of the Constitutional rules.

By analyzing some typical cases, this study has identified a few macroareas where judges may directly enforce Constitutional rules. In particular:

- the first area, which has been analyzed as *the first case* of direct enforcement of the Constitution by the judge, concerns the admission of the Constitutional rules' (including constitutional review rules) power to abrogate previous legislative rules conflicting with them. After the judge has realized the law's abrogation, the judge *shall enforce directly Constitutional rules*;

- the second area examined concerns the possibility for the judge to directly enforce Constitutional rules - regarding, in particular, inviolable rights - in private relationships, according to the well-known German theory called "*Drittwirkung*". Cases examined in this respect showed that the judge gets the norm for the judgement from the combined provision of legislative and constitutional rules. Nevertheless, examined cases show also the great extent of the judge's power to interpret law, which almost assumes a "creative" nature;

- issue regarding the "creative" nature of jurisprudence finds its more meaningful expression in cases of "legislative gaps", when - in absence of specific legislative rules regulating new peculiar cases - the judge is obliged to have recourse, directly and exclusively, to Constitutional principles in order to "create" the rule for the judgement, by following the "analogy *iuris*" criterion pro-

vided for by art. 12 “*Preleggi*”, opportunely reviewed in light of the Constitution and of the Constitutional principles;

- the judge’s obligation to interpret law in compliance with the Constitution shows, once more, the evident need for the judge to approach directly the Constitution, in order to apply to concrete cases legislative rules compliant with the Constitution.

Examined cases show an evolution of the judge’s role, even with respect to its relation with other Constitutional bodies such as: on one side, the Constitutional Court, which – by obligating judges to interpret law in compliance with the Constitution – has denied its monopoly of the Constitutional interpretation, bringing progressively judges to move closer to the Constitution; it follows that relation between judges and the Constitutional Court has become more collaborative, even holding the diversity of the relative functions. On the other side, relation between the judge and the legislator has become less and less collaborative, where – against inefficiencies of the legislator’s activity – the judge has extended its freedom in interpreting law, sometimes even “substituting” the legislator, though within the limits of the concrete case.

Finally, this study highlights the evolution of the judge’s role with respect to the enforcement of supranational and international normative sources, such as the EU Law and the European Convention of Human Rights (ECHR) rules. The relevant interpretative difficulties take to the effort of interpreting law not only in compliance with the Constitution, but also with the EU Law (with the possibility to not enforce national law) and with the ECHR rules, and, accordingly, to the necessity for the judge to communicate with the three Courts.

In particular, it has been highlighted that the judge may meet more difficulties in case of overlapping between an interpretation of law compliant with the Constitution and an interpretation compliant with the EU Law, namely in case of breach by the EU Law of the so called “*contra-limits*”, hypothesis which has been only dreaded by the Constitutional Court, but has been concretised in a sentence of the common judge.