



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. I

(ESTRATTO)

VINCENZO SCIARABBA

**METODI DI TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI TRA FONTI E
CORTI NAZIONALI ED EUROPEE:
UNO SCHEMA CARTESIANO NELLA PROSPETTIVA DELL'AVVOCATO**

23 APRILE 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Vincenzo Sciarabba

**Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee:
uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato***

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: l'importanza di un approccio "costituzionale". – 2. Cenni sul ruolo della Corte costituzionale, dei giudici comuni e... degli avvocati. – 3. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della CEDU. – 4. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della "Carta di Nizza". – 5. I diversi utilizzi delle diverse fonti in uno schema cartesiano. – 6. (A) L'interpretazione conforme. – 7. (B) L'applicazione diretta (senza disapplicazione di norme legislative contrastanti). – 8. (C) L'applicazione diretta (con disapplicazione di norme legislative contrastanti). – 9. (D) L'incidente di costituzionalità. – 10. (E) Il rinvio pregiudiziale. – 11. (F) La richiesta di parere consultivo. – 12. (G) Il ricorso diretto. – 13. Considerazioni finali.

1. Considerazioni introduttive: l'importanza di un approccio "costituzionale"

Una considerazione preliminare che può farsi accingendosi a un breve tentativo di riflessione sugli strumenti a disposizione degli avvocati per cercare di ottenere la miglior possibile tutela e attuazione dei diritti e dei principi fondamentali riconosciuti dal (o comunque rilevanti nel) nostro ordinamento a vantaggio dei propri assistiti riguarda il tipo di approccio e di competenze necessarie per orientarsi nel modo più corretto ed efficace nel complesso intreccio di fonti e corti nazionali ed europee che, a vario titolo, hanno o possono avere rilievo e "voce in capitolo" in questo ambito: ambito che peraltro, vale la pena ricordare, è in realtà pressoché privo di confini, in tutti i sensi, data la trasversalità, la pervasività e la pregnanza di ricadute di tali diritti e principi, quale che ne sia la matrice e la sede applicativa, praticamente in ogni campo della vita giuridica, sociale e personale.

Ciò che sembra importante notare – specie alla luce degli evidenti limiti che la formazione degli avvocati incontra sotto il profilo in questione, sia in fase iniziale sia nel corso della vita professionale – è il dato di fatto che su questo terreno è restando assolutamente centrale l'approccio *costituzionale*; è e restando centrale il ruolo *del diritto costituzionale*; è e restando centrale, pur assumendo nuovi contorni, il ruolo *della Corte costituzionale* e della sua giurisprudenza: o meglio, su un piano operativo, è e restando centrale il "gioco di squadra" tra Corte costituzionale, giudici comuni e, alla base, ecco il punto che più ci interessa, avvocatura (non si menzionano per il momento le due Corti europee, quella di Lussemburgo e quella di Strasburgo, per non complicare inutilmente il quadro in questa fase: di esse si parlerà più avanti).

Per chiarire a sufficienza il motivo e il senso di tale affermazione dovrebbe bastare qualche rapidissima osservazione (partendo dal livello più alto, cioè appunto dalla Corte costituzionale, e andando rapidamente a scendere).

2. Cenni sul ruolo della Corte costituzionale, dei giudici comuni e... degli avvocati

In linea generale, la perdurante centralità del diritto costituzionale e del giudice costituzionale può ricollegarsi a una circostanza che è stata molto ben messa in luce, tra l'altro, da un noto studioso ed

* Il lavoro, destinato alla pubblicazione anche su I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie, rappresenta una versione rielaborata della relazione svolta nell'ambito della tavola rotonda "L'Avvocato internazionalista nella difesa dei diritti davanti al Giudice interno e alle Corti Internazionali" organizzata a Genova il 27 febbraio 2019 dall'Unione forense per la tutela dei diritti umani con il patrocinio del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova in occasione della presentazione della I edizione della Scuola di alta formazione specialistica dell'avvocato internazionalista" (in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Avvocatura, il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze, il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli" e l'Università di Macerata).

avvocato *penalista* (... dunque non un costituzionalista, giusto per sgombrare il campo da ogni sospetto di corporativismo o autoreferenzialità!) e cioè Vittorio Manes, il quale ha osservato che la Corte costituzionale – la quale evidentemente opera basandosi, per l'appunto, sulle norme della Costituzione nonché, può aggiungersi, sulle categorie dogmatiche e concettuali tipiche del diritto costituzionale – “ancor prima di poter svolgere il tradizionale ruolo di censore delle insubordinazioni gerarchiche tra una fonte e l'altra (come nel tradizionale modello ‘piramidale’ kelseniano, dov'era garante dello *Stufenbau* ordinamentale), deve impegnarsi a stabilire l'esatta collocazione ed il rango da attribuire alle diverse fonti [nazionali, comunitarie/eurounitarie, convenzionali ed internazionali in genere] ed a chiarire gli effetti che le stesse possono esplicare” all'interno del nostro ordinamento, “ora ‘in sede diffusa’, ora nella sede tipica del controllo accentrato di costituzionalità”. Con la conseguenza che “è, dunque, nei suoi tracciati [cioè in pratica, come si accennava, nella giurisprudenza di tale Corte] che – tra le maglie della ‘rete’ – è possibile intravedere non già la sagoma di una ‘piramide’, ma quantomeno un insieme di *regole di prevalenza* o di semplice *convivenza* con le quali si tenta di ‘gestire’ una pluralità di ordini giuridici non ordinati a sistema”¹.

Regole (e, a monte: norme, pronunce giurisdizionali e categorie dogmatiche e concettuali) senza la cui piena conoscenza e padronanza – ecco il punto – gli avvocati vengono oggi a trovarsi sempre più spiazzati e in un certo senso impotenti, inerti, di fronte ai turbinosi sviluppi che si sono avuti negli ultimi anni, tanto a livello nazionale quanto a livello europeo; e attraverso la cui conoscenza e padronanza (invero ad oggi molto poco diffusa), al contrario, gli avvocati possono svolgere un ruolo attivo e spesso assai incisivo – ben più di quanto essi tendano a pensare (o, meglio, a *non* pensare, trattandosi di aspetti per lo più neanche presi in considerazione) – a vantaggio dei propri assistiti, nonché, indirettamente e più in generale, a vantaggio dell'ordinamento giuridico e dell'intera società².

Passando dall'astrattezza di queste considerazioni generali a un rilievo pratico di immediata percezione, si può poi notare che alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti (su cui ci si soffermerà meglio più avanti) il giudizio innanzi alla Corte costituzionale ad oggi è *l'unico* nel quale sia possibile fare *contestualmente* applicazione – nel modo più “pieno” e con la massima efficacia, ovvero con effetti *erga omnes* in caso di accoglimento della questione – *della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU)*, ovviamente *della Costituzione*, e ora anche *della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, almeno nelle ipotesi contemplate dalla fondamentale [sentenza n. 269 del 2017](#) (e, in termini estensivi, nella [sentenza n. 20 del 2019](#)).

Viceversa, è ovvio che una simile applicazione contestuale di tutte le fonti rilevanti in tema di diritti e principi fondamentali (le tre appena citate, ma anche altre di minor rilievo su cui qui si sorvola) non può aversi nei giudizi presso le due Corti europee³, le quali non potrebbero far altro che applicare (salve alcune possibili, marginali precisazioni cui si farà subito cenno in nota) la sola carta di riferimento⁴; mentre, per parte loro, i giudici comuni potrebbero sì tenere conto di tutte e tre le

¹ V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, 391 ss., spec. 395, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2012 (corsivi testuali).

² Particolarmente calzante a questo proposito è una significativa affermazione reperibile in una recente sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che è parso utile citare testualmente nelle ultime righe del presente contributo.

³ al di là poi del fatto che almeno con una di esse, quella di Strasburgo (ossia la Corte europea dei diritti dell'uomo: in breve Corte EDU), in linea di principio sarebbe auspicabile per un avvocato... non avere a che fare; nel senso che se un avvocato arriva a trovarsi nella necessità di dover fare ricorso a tale Corte, ciò probabilmente vuol dire – almeno nell'assetto attuale e almeno in linea di massima – che qualcosa è “andata storta” nelle fasi precedenti, non mancando affatto di norma, come si vedrà meglio nelle prossime pagine, gli strumenti per *prevenire* una simile necessità, affrontando e tendenzialmente risolvendo il problema (se si vuole: la “questione di convenzionalità”, in senso lato) già a livello interno, in una delle diverse sedi e modalità possibili (v. appunto ciò che si andrà a precisare al riguardo).

⁴ ... eventualmente ricollegandosi all'altra carta europea a fini interpretativi (*ex art. 52 par. 3 della Carta UE con rimando alla CEDU*) o di reciproca “autolimitazione” *ex art. 53 dell'una e dell'altra* (o ancora per trarne, nel caso della Corte di giustizia con riguardo alla Convenzione, dei principi generali ai sensi dell'art 6.3 TUE); oppure, al limite, ricollegandosi alle Costituzioni (e magari alle giurisprudenze costituzionali) nazionali per estrapolarne elementi utili ai fini della ricostruzione delle “tradizioni costituzionali comuni”, sempre ai (tutto sommato, e almeno “comparativamente”)

Carte – la Costituzione, la CEDU e la Carta dei diritti – ma incontrando una serie di limiti operativi e decisori connessi al proprio ruolo e, tra l'altro, all'oggetto e agli effetti dei relativi giudizi.

Ecco perché, non solo su un piano formale e “di principio”, ma anche su un piano sostanziale e concreto, operativo, la Corte costituzionale si trova e continuerà a trovarsi in una posizione privilegiata, anche in virtù del ruolo “di confine” (in vari sensi e su più fronti) che essa è venuta a svolgere, per motivi e con implicazioni molteplici e di tutto rilievo⁵.

D'altra parte, è anche vero che almeno in moltissimi casi l'apporto *dei giudici comuni* – e quindi, come si accennava, l'apporto *degli avvocati* che nei relativi giudizi svolgono un ruolo nevralgico – è stato, è e rimarrà sicuramente, a sua volta, importantissimo ed anzi spesso *decisivo*, non di rado pienamente *risolutivo*, per almeno tre ragioni di fondo (che si sommano ad altre più specifiche sulle quali non serve ora dilungarsi).

In primo luogo, perché è ai giudici comuni che – d'ufficio oppure *su istanza di parte* – è riservata in via esclusiva la possibilità di sollevare una *questione di costituzionalità in via incidentale*: e, come è noto, dal modo in cui la questione verrà posta e presentata, oltre che ovviamente dal fatto stesso che essa venga o non venga sollevata, possono cambiare pesantemente le cose, ossia l'esito del giudizio della Consulta (e, in relazione a ciò, quello del giudizio principale) e, prima ancora, la possibilità che esso si svolga⁶.

In secondo luogo, perché ai giudici comuni, pur dopo la svolta della Corte costituzionale sul ruolo della Carta dei diritti fondamentali (v. oltre), è attribuito, in certe circostanze e a certe condizioni, il potere-dovere di non applicare le norme (anche legislative) interne in contrasto con le norme del diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario, incluse quelle – contenute nella Carta, nei trattati o in fonti derivate – che sanciscono, attuano o comunque tutelano diritti e principi fondamentali.

In terzo luogo, perché già solo attraverso la loro attività *interpretativa*, e in specie attraverso il ricorso a varie forme di “interpretazione conforme” o “orientata” (alla Costituzione, alla CEDU, alla “Carta di Nizza”⁷ o ad altre fonti sovranazionali e internazionali), i giudici comuni – eventualmente

ristretti sensi del medesimo articolo 6 TUE (parimenti ristretto sembrando il rilievo che le Costituzioni nazionali sembrano avere, e poter avere – in casi presumibilmente sporadici ed “estremi” – ai sensi dell'art. 4, par. 2, del TUE).

⁵ Per più ampie riflessioni su questo aspetto si rinvia, volendo, all'ottavo capitolo del volume V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019 (spec. 237 ss.).

⁶ Secondo quanto è stato anche recentemente ricordato, infatti, “laddove il giudice dovesse sollecitare l'entrata in campo della Corte costituzionale o di altra Corte (e, segnatamente, della Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, o, un domani, della Corte EDU, in base a quanto previsto dal prot. 16, che nondimeno predispone uno strumento di cui solo alcuni operatori di giustizia possono avvalersi), di cruciale rilievo è la domanda, ancora prima della risposta, la quale risulta da quella in significativa misura condizionata”: così A. RUGGERI nell'intervista, a cura di Roberto Giovanni Conti, sul tema *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?* in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019.

⁷ Pur nella consapevolezza che il discorso sarebbe molto più complesso – cfr. per tutti, sul punto, L. TRUCCO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in questa *Rivista, Studi 2016/I*, 51, nonché in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016 – si continua qui volutamente a parlare di Carta di Nizza per la seguente ragione. Sebbene, come è noto, il testo al quale l'art. 6 del TUE come riformulato dal Trattato di Lisbona attribuisce valore giuridico analogo a quello dei Trattati sia quello approvato a Strasburgo nel 2007 e non quello approvato a Nizza nel 2000, può notarsi che – salve poche marginali modifiche e in specie alcune integrazioni apportate agli artt. 51 e 52 (su cui ci si permette di rinviare a V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di N. ZANON, conclusioni di V. ONIDA), Napoli, 2006, 389-458, nonché, con modifiche, aggiornamenti e integrazioni, ID., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008) – il testo “di Strasburgo” e quello “di Nizza” coincidono: sicché, su un piano storico e sostanziale, la “paternità” della Carta (con ciò che da tale circostanza discende: v. oltre) resta sicuramente da attribuirsi, tutto considerato, alla “Convenzione Herzog” (il cui “progetto” di Carta, adottato dalla Convenzione per *consensus* il 2 ottobre 2000, fu senza alcuna modifica approvato dal Consiglio europeo in occasione del vertice di Biarritz del 13-14 ottobre 2000 e poi solennemente proclamato – e per così dire “cristallizzato” definitivamente – il 7 dicembre 2000, in occasione del Consiglio europeo di Nizza, da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e dalla Commissione). Su un piano pratico, questo discorso assume rilievo immediato in particolare laddove si volessero andare a studiare i “lavori preparatori” della Carta (molto istruttivi, ma purtroppo quasi mai tenuti in considerazione dalla dottrina), dovendocisi rifare a tal fine appunto alla “prima” Convenzione (e, per quanto riguarda le

ben “imboccati”, pure in questo caso, da avvocati che... sappiano fare il loro mestiere – potranno anche risolvere in autonomia e definire immediatamente un numero elevatissimo di casi, garantendo piena e tempestiva tutela ai diritti e principi fondamentali di volta in volta coinvolti.

In aggiunta – non di rado – un forte incremento del ruolo, e segnatamente dei poteri discrezionali e finanche “creativi” dei giudici comuni (ancora una volta con ricadute positive sul ruolo che possono giocare gli avvocati in situazioni di questo genere) si è avuto e può aversi proprio *in conseguenza di (certi tipi di) decisioni del giudice costituzionale*⁸: si può pensare, limitandosi alla principale seppur non unica ipotesi, al seguito giurisprudenziale delle c.d. sentenze additive di principio, “in occasione e per effetto della cui adozione si assiste” – per riprendere una illuminante sintesi di uno dei maggiori studiosi di giustizia costituzionale – “ad una sorta di giustizia costituzionale *in progress*, la pronunzia della Corte abbisognando di essere perfezionata e integrata dalle pronunzie, varie per orientamento e contenuti, dei giudici comuni, espressive di una *vis* innovativa (‘normativa’, è stato detto) non minore di quella propria del verdetto della Consulta e, forse, anzi persino maggiore, ove si convenga a riguardo della maggiore vaghezza di disposto che è propria di quest’ultimo, a fronte della puntualità di disposto delle regole desunte (a rime non obbligate...) dai giudici comuni”⁹.

Appena il caso di precisare, prima di chiudere su questo aspetto, che quanto si è detto non intende affatto sminuire il ruolo spettante alla Corte di giustizia di Lussemburgo e, in misura ancora maggiore su questo terreno, alla Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo: sia nelle diffuse ricadute “a valle” (per il rilievo interno da riconoscersi alla ricchissima giurisprudenza europea); sia, all’occorrenza, “a monte”, dal momento che, come è stato efficacemente ricordato da un attuale giudice della Corte costituzionale, in fin dei conti “la logica dell’intero sistema sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali conduc[e] inevitabilmente al riconoscimento che – a parte l’ipotesi per ora solo teorica dei ‘controlimiti’, sempre minacciati ma mai concretamente azionati – *l’ultima parola in materia di diritti fondamentali spetta in effetti alla Corte europea*: la quale è – se non altro dal punto di vista cronologico, data la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni – l’ultimo giudice che può essere chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza o meno della violazione di un diritto riconosciuto dalla Convenzione”¹⁰.

3. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della CEDU

Ad ogni modo (e avviandoci a concludere questa sorta di introduzione, che è poi già un inizio di trattazione nel merito), la centralità del ruolo della Corte costituzionale – o meglio, come si andava dicendo, del ruolo congiunto della Corte costituzionale, dei giudici comuni e degli avvocati, nei vari modi in parte già accennati e in parte illustrati nelle prossime pagine – è consacrata e definita nei suoi

integrazioni alle “clausole orizzontali”, alla seconda Convenzione – la “Convenzione Giscard” – e in specie all’apposito “gruppo di lavoro” istituito da questa al suo interno).

⁸ ...a sua volta magari interpellato a seguito di una *iniziale istanza di parte*, secondo quanto – come si è ricordato – può (e in linea teorica *dovrebbe*, sempre o quasi sempre) accadere...

⁹ Così A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio* in questa *Rivista, Studi 2012* (17.03.12), nonché in www.gruppodipisa.it e in Id., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XVI. Studi dell’anno 2012*, Torino, 2013, 87 ss.

Sembra significativo che l’A. richiami come “esempio particolarmente istruttivo” in questa prospettiva la [sentenza n. 113 del 2011](#) in tema di riapertura del giudicato penale, “con la quale si è – come si sa – riscritto l’art. 630 c.p.p., demandandosi ad ogni buon conto (e in attesa dell’intervento riparatore del legislatore) ai giudici comuni di rinvenire le soluzioni di volta in volta più adeguate allo scopo di ripristinare la piena osservanza della Convenzione”, laddove la “pluralità delle soluzioni al riguardo praticabili è stata da molti e con varietà di accenti sottolineata” (in proposito, per alcune riflessioni e per qualche ulteriore indicazione bibliografica, cfr. volendo V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2012, spec. 54-74 e 246-258).

¹⁰ Così F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 6 settembre 2011 (corsivi originali).

più precisi contorni teorici ed operativi da una lunga serie di sentenze della stessa Corte costituzionale, riconducibili a due filoni.

Il primo (e ormai molto nutrito) filone è quello inaugurato dalle c.d. “sentenze gemelle” [n. 348 e 349 del 2007](#), con cui la Consulta ha chiarito le principali implicazioni e le più immediate ricadute operative della (p)revisione dell’art. 117, primo comma, della Costituzione (del 2001, ma rimasta per alcuni anni “quiescente” sotto questo profilo)¹¹.

A questo riguardo si può affermare che la ricostruzione contenuta nelle sentenze gemelle non è stata più di tanto scalfita, ed è stata anzi direttamente o indirettamente confermata e consolidata *nei suoi tratti essenziali* dalle numerose precisazioni o anche “aggiustamento di rotta” che, ad opera della stessa giurisprudenza costituzionale, sono in seguito intervenuti su molti aspetti puntuali pur di notevole importanza.

Ed allora, anche se si tratta di cose che in teoria dovrebbero essere bene note, può essere utile richiamare in sintesi almeno il nocciolo di questa ricostruzione, accennando poi subito qualcosa anche sulle principali integrazioni, precisazioni e in parte innovazioni che si sono avute al riguardo negli anni successivi.

In sostanza, la ricostruzione della Corte si articola e ruota intorno a una statuizione definibile “principale” e ad alcune affermazioni in qualche modo “accessorie”, ma non meno importanti¹².

Volendo rinvenire nella stessa giurisprudenza costituzionale una breve ma densa e precisa sintesi di questo essenziale impianto teorico ed operativo si può fare riferimento al limpido riepilogo contenuto nella successiva [sentenza n. 80 del 2011](#), ove si è ricordato “come, a partire dalle sentenze [n. 348](#) e [349 del 2007](#), la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo ... – integrino, quali ‘norme interposte’, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli ‘obblighi internazionali’”; sicché, “ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all’indicato parametro”.

Dunque, la statuizione principale – che rappresenta senza dubbio l’elemento di maggior spicco a livello generale, cioè sul piano del sistema formale delle fonti e delle conseguenti posizioni e incombenze dei diversi attori istituzionali – è quella relativa alla *funzione parametrica degli obblighi internazionali richiamati dall’art. 117*, cui si accompagna l’*individuazione in tale norma dell’attuale fondamento costituzionale della CEDU*.

Esplicita affermazione, quindi, della subordinazione della legge ai vincoli internazionali, secondo lo schema del parametro interposto, col corollario del potere-dovere dei giudici di “impugnare” – e della Corte di “annullare” – le norme che non rispettino questi vincoli.

Quanto alle affermazioni “accessorie”, esse si possono raggruppare in tre “blocchi”:

A) quelle relative al rilievo attribuito alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in qualche modo avvicicabile o almeno comparabile al rilievo già riconosciuto, pur se per motivi, con modalità ed implicazioni diverse, alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo;

¹¹ Secondo l’art. 117, comma 1, Cost., come è noto, “[l]a potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

¹² Una simile schematizzazione del portato delle sentenze [n. 348](#) e [n. 349](#), proposta a suo tempo e ancora valida, corrisponde sostanzialmente a quella adottata da E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere giuridico*, 7/2010, 955 ss., nonché, in larga parte, a quella adottata di recente da R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano](#), in questa *Rivista*, [Studi 2018/III](#), 618.

B) quelle che affermano in termini netti la *formale* subordinazione di *tutti* gli obblighi internazionali pattizi (inclusi quelli derivanti dalla CEDU) alla Costituzione *tutta* (senza quella differenziazione adottata, in particolare, per il diritto comunitario/eurounitario);

C) infine quelle relative all'obbligo, fatto gravare (anche) sul giudice comune e più volte rimarcato, di interpretare la legge in conformità alla CEDU (come interpretata dalla Corte europea).

A) Sotto il primo dei tre profili, e per un primo verso, merita di essere richiamata l'[ordinanza n. 150 del 2012](#) – più recentemente seguita, sulla stessa linea, dalla [sentenza n. 43 del 2018](#) – nella quale si afferma che il *mutamento di giurisprudenza della Corte EDU* per effetto di una sentenza della Grande Camera “incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”, dovendosi disporre conseguentemente la restituzione degli atti “affinché i rimettenti procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni”, alla stregua di quanto il giudice costituzionale usa fare nelle (sole) ipotesi c.d. di *ius superveniens*; risultando dunque, come è stato notato, la giurisprudenza della Corte EDU “*quodammodo* assimilata ad una vera e propria fonte del diritto”¹³.

Nondimeno, e per altro verso, è piuttosto noto che nella giurisprudenza successiva alle sentenze gemelle la Corte costituzionale ha progressivamente precisato, circoscritto e in sostanza ridimensionato il vincolo di allineamento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per ragioni e con modalità più o meno condivisibili e convincenti (ma non certo peregrine), mettendo a punto un piccolo “arsenale” di strumenti idonei allo scopo¹⁴.

In questa luce possono leggersi anzitutto quelle decisioni in cui la Corte ha fatto ricorso, sostanzialmente, alla tecnica del *distinguishing*, sul presupposto che a fondamento del dubbio di costituzionalità debba porsi un “principio di diritto” “estrapolabile” dai precedenti della Corte EDU ed applicabile a casi “non necessariamente identici”, ma almeno “analoghi”¹⁵.

Vi sono poi le note decisioni in cui la Corte ha affermato che “l’apprrezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare *la sostanza* di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea” (così la [sent. 311/2009](#)).

Altrove, la Corte ha osservato che se essa “non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, può però ‘valutare come ed in qual misura il prodotto dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di

¹³ Così, con riferimento diretto alla [sentenza n. 43 del 2018](#) e indiretto alla [ordinanza n. 150 del 2012](#), A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in questa *Rivista*, [Studi 2018/III](#), 548-567, spec. 558, ove, anche alla luce degli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, si è osservato come in effetti l’assimilazione in discorso “potrebbe per la sua parte essere indicativa di un orientamento, ad oggi solo embrionalmente e timidamente espresso, volto a riconoscere carattere tendenzialmente generale alle pronunzie della Corte di Strasburgo (quanto meno laddove avvalorate e ‘consolidate’ da una pronunzia della Grande Camera), accorciandosi – come si vede – per quest’aspetto la distanza che le separa dalle decisioni della Corte dell’Unione”.

¹⁴ Per una sintetica ma un po’ più accurata ricostruzione di tale giurisprudenza ci si permette di rinviare al cap. 7 del già menzionato volume *Il ruolo della CEDU*, cit., ove tra l’altro si analizza con maggiore ampiezza la fondamentale [sentenza n. 49 del 2015](#), richiamando anche alcune decisioni più recenti che sembrano avere chiarito ulteriormente (e positivamente) il senso e l’effettiva portata delle statuizioni in essa contenute.

¹⁵ Può richiamarsi in questo senso la [sent. 239/2009](#), nella quale la Corte osserva che il rimettente, “per giustificare l’*estrapolazione*, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un *principio di diritto* che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la *analogia* fra quel caso specifico e quello, *non necessariamente identico*, su cui era chiamata a giudicare” (corsivi aggiunti, qui come altrove ove non diversamente indicato). Sulla stessa linea, nella [sent. 230/2012](#) la Corte lamenta la circostanza che “[...] né il rimettente l’ha comunque posta in evidenza – una qualsivoglia analogia tra il caso esaminato dalla Corte europea e quello oggetto del giudizio interno: *analogia il cui riscontro rappresenta un presupposto necessario per ‘importare’ il principio affermato in sede europea nell’ambito del controllo di legittimità costituzionale*”.

interpretazione e *bilanciamento*, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza” (sent. 236/2011, con citazione della importantissima sent. 317/2009).

In più occasioni, si è richiamato il concetto di *margini di apprezzamento*, talora “combinando” tale argomento con altri, anche mediante rimandi che, come in un gioco di specchi, sembrano amplificare il portato delle singole pronunce¹⁶.

E, nella nota [sentenza n. 49 del 2015](#), la Corte si è spinta ad affermare – non senza ingenerare equivoci, timori e perplessità su varie parti della pronuncia – che “è solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è *tenuto* a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun *obbligo* esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”; e “[s]olo nel caso in cui si trovi in presenza di un ‘diritto consolidato’ o di una ‘sentenza pilota’, il giudice italiano sarà *vincolato* a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ‘ogni strumento ermeneutico a sua disposizione’, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale”.

Appena il caso di precisare che l’esclusione, in questi casi, di un “obbligo” di allinearsi alla (non consolidata) giurisprudenza europea, non significa affatto che vi sia un “divieto” di farlo, salva tutt’al più l’ipotesi – in linea di principio “patologica”, seppure non così infrequente – in cui l’orientamento della Corte EDU *non consolidato* sia tale da suscitare addirittura un *dubbio circa la sua conformità alla nostra Costituzione*, nel qual caso, come si dirà poco più avanti, il giudice incontrerebbe un vero e proprio *divieto* di abbracciare tale orientamento giurisprudenziale.

E merita pure di essere evidenziato, con riguardo al problema dell’incerto “regime” della giurisprudenza non consolidata, che nella successiva [sentenza n. 68 del 2017](#) la Corte costituzionale ha con nettezza chiarito come sia assolutamente “da respingere l’idea che l’interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo. Al contrario, “[l]’applicazione e l’interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri” (sentenze [n. 49 del 2015](#) e [n. 349 del 2007](#)). Il dovere di questi ultimi di evitare violazioni della CEDU li obbliga ad applicarne le norme, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, *specie* [dunque *non soltanto!*] quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza del giudice europeo (sentenze [n. 276](#) e [n. 36 del 2016](#))”.

Data la “posta in gioco” (ovvero appunto la differenza di regime – in termini di poteri e doveri spettanti al giudice comune – che comunque c’è tra i due casi considerati), non stupisce poi che, allo scopo precipuo di fornire al giudice un aiuto nel suo “percorso di discernimento” per quei casi

¹⁶ Per esempio si legge sempre nella [sent. 236/2011](#) che “[a] questa Corte compete, insomma, di apprezzare la *giurisprudenza europea consolidata* sulla norma conferente, in modo da *rispettarne la sostanza*, ma con un *margini di apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi”.

E nella [sent. 303/2011](#) si afferma, con sottili variazioni e interessanti integrazioni (oltre che con il consueto *collage* “stratificato” di autocitazioni), che se la Corte “*non può prescindere* dall’interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, *essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta*, beninteso nel *rispetto sostanziale* della giurisprudenza europea *formatasi al riguardo*, ma ‘con un *margini di apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi ([sentenza n. 311 del 2009](#))’ ([sentenza n. 236 del 2011](#))”.

Ancora, nella [sent. 264/2012](#) si legge che “[i] *richiamo al ‘margini di apprezzamento’ nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea* – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. [...] In definitiva, se [...] il giudice delle leggi non può sostituire la propria interpretazione [...] della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione *al caso di specie* dalla Corte di Strasburgo, [...] esso però è *tenuto a valutare come ed in quale misura l’applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano*”.

“difficili”¹⁷ in cui non sia “di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento”, la Corte costituzionale si sia spinta ad elencare una fitta serie di “indici”¹⁸ che, volendo, potrebbe essere anche letta come un (ulteriore) arsenale di argomenti messo a disposizione soprattutto del giudice comune (oltre che di sé stessa), per poter “prendere le distanze” da pronunce “scomode” (sotto il profilo costituzionale)¹⁹.

B) Quanto alla seconda “statuizione accessoria” contenuta nelle sentenze gemelle del 2007, si è voluto (anche) qui parlare di “*formale* subordinazione di tutti gli obblighi internazionali pattizi (inclusi quelli derivanti dalla CEDU) alla Costituzione tutta” in quanto, a fianco (e, in sostanza, a temperamento, se non totale svuotamento) dell’affermata immancabile superiorità (su un piano appunto formale e astratto) delle norme costituzionali rispetto a quelle convenzionali, il giudice delle leggi ha più volte rimarcato la necessità di considerare *contestualmente tutte* le norme (costituzionali e convenzionali) rilevanti²⁰, allo scopo di individuare, su un piano sostanziale e concreto, la soluzione in grado di assicurare nel caso di specie (ma chiaramente non trascurando di rivolgere, per così dire, un attento sguardo al passato e uno ancor più attento al futuro) la “massima espansione delle tutele” ([sent. 317/2009](#)) ovvero la “massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico” ([sent. 269/2017](#)): con ciò implicitamente – e talora anzi esplicitamente²¹ – ammettendo la possibilità che, come contropartita per un innalzamento di tutela a favore di un diritto fondamentale (magari previsto proprio dalla CEDU), qualche sacrificio per altri interessi, principi o anche diritti di varia natura e rilievo, al limite anche costituzionale, possa aversi (a determinate condizioni, su cui qui non ci si può soffermare a riflettere²²).

E tutto ciò conduce, chiaramente, a una situazione pratica di confronto, di bilanciamento, di integrazione o, per usare una parola della Corte stessa, di “compenetrazione” delle tutele in cui le singole *norme* della CEDU e le singole *norme* della Costituzione vengono *sostanzialmente* e

¹⁷ In effetti, la giustapposizione tra due sole ipotesi – giurisprudenza “consolidata” o “non consolidata” – appare molto artificiosa, dandosi nella realtà situazioni intermedie, con un’infinità di “gradazioni”, e il fatto di dover alla fine calare una mannaia (pur dopo aver fatto ricorso a tutti gli indici più sofisticati) per stabilire se una situazione stia da una parte o dall’altra non risulta molto soddisfacente.

Ove però si accolga il rilievo per cui, come si è accennato sopra, anche nella “situazione deontica” del giudice possono esserci sfumature intermedie tra i due estremi dell’*obbligo* e del *divieto* di allinearsi a un orientamento giurisprudenziale europeo, e si consideri come l’onere di motivare le proprie decisioni, se preso sul serio, possa essere una cosa molto importante, si può ritenere che, dopo tutti gli assestamenti del caso, si potrà arrivare a un sistema più articolato in cui il giudice, in sostanza, dovrà approfondire, valutare e in alcuni casi bilanciare, da una parte, il “grado di consolidamento” di un orientamento giurisprudenziale europeo e, dall’altra, la natura e il peso delle controindicazioni al suo accoglimento (controindicazioni fattuali o giuridiche: con speciale rilievo, tra queste ultime, di quelle costituzionali, alla stregua delle indicazioni, sotto questo profilo molto nette, della Consulta).

¹⁸ In specie: “la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano”.

¹⁹ Non essendo qui possibile riaffrontare neppure in modo parziale e sintetico le molte altre questioni sollevate dalla [sent. n. 49/2015](#), si rinvia integralmente a quanto si è avuto occasione di osservare al riguardo in passato (da ultimo, nel citato volume sul ruolo della CEDU).

²⁰ La necessità di una valutazione congiunta, e *virtualmente paritaria*, di tutti i parametri (costituzionali e sovranazionali) coinvolti è stata molto ben espressa nella [sent. 191/2014](#), dove un simile “consolidato orientamento” viene ricollegato alla esigenza di “consentire a questa Corte di effettuare una *valutazione sistemica e non frazionata* dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di *tutti* i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, *complessivamente considerati*, che *sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento*”.

²¹ Facendosi testualmente riferimento (sempre nella [sent. 317/2009](#)) al “necessario *bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme *costituzionali*, che a loro volta garantiscano *diritti fondamentali* che potrebbero essere *incisi dall’espansione di una singola tutela*”.

²² Cfr. in proposito, volendo, V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., spec. 139-145.

concretamente ad operare in una posizione, come è sembrato efficace dire, di “virtuale parità”. Esito che, senza smentire l’assunto teorico – peraltro di per sé discutibile²³ – della immancabile e assoluta superiorità formale della fonte costituzionale, ne ridimensiona fortemente (e, si ritiene, correttamente e doverosamente) le ricadute a livello appunto pratico, *affiancando* a tale assunto di fondo una serie di *altri elementi e criteri* (che pure, a loro volta, affondano le radici in norme, principi e concetti di matrice costituzionale e) che, a conti fatti, e fisiologicamente, aprono la strada a soluzioni più articolate, elastiche, funzionali e tutto sommato molto più coerenti con il complessivo quadro assiologico (e logico) della stessa Costituzione.

C) Quanto infine alla terza statuizione accessoria delle sentenze gemelle, relativa all’obbligo di interpretazione “convenzionalmente conforme”, non possono tacersi alcune più recenti e problematiche affermazioni rinvenibili sempre nella [sent. n. 49/2015](#). Ivi la Corte ha infatti affermato, in termini quanto mai (probabilmente *troppo*) netti, che “il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è, ovviamente, *subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme*, poiché tale modo di procedere riflette il *predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*”, e che, “nel caso in cui sia il giudice comune ad *interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione*, va da sé che questo solo dubbio, *in assenza di un ‘diritto consolidato’*, è *sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU*, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale”.

Anche a questo proposito, tuttavia, sembra che le rigide (e per alcuni versi forse un pochino semplicistiche) indicazioni “metodologiche” contenute nella citata pronuncia siano suscettibili di essere ricontestualizzate e lette in una prospettiva più ampia, articolata ed equilibrata (e per tale via sostanzialmente ridimensionate) riconducendole nell’alveo di una giurisprudenza che in numerose altre occasioni si è espressa in modi differenti e molto meno “chiusi”, ripetutamente ragionando di “necessario bilanciamento” (tra norme della CEDU integranti il parametro dell’art. 117 e altre norme costituzionali) ed arrivando anzi ad affermare senza mezzi termini che le operazioni cui essa è chiamata sono “volte *non già all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele*”, sicché “il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando [non, come si diceva, alla sistematica affermazione della primazia della seconda in quanto tale, ma] alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere” appunto “compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. [348](#) e [349 del 2007](#), *il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti*, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”, ovvero – ancora più esplicitamente – con gli “interessi antagonisti, *di pari rango costituzionale* complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata” (così la [sent. 264/2012](#)). Con tutte le (più o meno intuibili) conseguenze – non certo sovrapponibili né facilmente conciliabili con le schematiche affermazioni della [sentenza n. 49](#) prima citate – che un simile approccio “aperto” e onnicomprensivo (già richiamato su un piano generale nel punto precedente) potrebbe e dovrebbe avere anche e precipuamente con riguardo alla tematica *dell’interpretazione conforme* (o orientata) delle leggi²⁴.

4. La giurisprudenza costituzionale relativa al ruolo della “Carta di Nizza”

²³ Come anche chi scrive ha provato a fare – specificamente ragionando dell’inquadramento costituzionale della Convenzione e del mancato ancoraggio di essa all’art. 11 Cost. – nel cap. 2 del citato volume sul ruolo della CEDU.

²⁴ Anche in questo caso il tema è troppo complesso per essere sviluppato in poche righe; può nuovamente rinviarsi, per un tentativo di approfondimento e riflessione, al volume richiamato nelle note precedenti (specialmente, anche se non solo, al cap. 4).

Il secondo filone (in cui si inseriscono anche le sentenze [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#)) è quello inaugurato con la [sentenza n. 269 del 2017](#), con la quale la Corte costituzionale – rivoluzionando in parte il precedente “assetto operativo” quanto al modo di rapportarsi alle fonti comunitarie/eurounitarie – ha affermato testualmente che “laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, de[ve] essere sollevata la questione di legittimità costituzionale”.

A tale conclusione, fortemente innovativa e di profondo impatto su molti piani, la Corte è giunta a seguito di alcune significative considerazioni, che hanno preso le mosse dalla constatazione delle “trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell’Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...] che, tra l’altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 [...] equiparandola ai Trattati (art. 6, paragrafo 1, del Trattato sull’Unione europea)”. Preso atto “che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione *dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale*”, che “[i] principi e i diritti enunciati nella Carta *intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana* (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)”, sicché “può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione”, la Corte ha affermato con nettezza che “le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità di un intervento erga omnes di questa Corte*, anche in virtù del principio che situa il *sindacato accentrato* di costituzionalità delle leggi a *fondamento dell’architettura costituzionale* (art. 134 Cost.)”.

Come si vedrà, nella [sentenza n. 20/2019](#) e poi ancora nella [sentenza n. 63/2019](#), la Corte è tornata ad affrontare le principali questioni teoriche e operative sul tappeto (su questo versante), offrendo direttamente o indirettamente nuove indicazioni a proposito del complesso rapporto tra questione di costituzionalità, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e potere/dovere di disapplicazione del giudice comune; e fornendo tra l’altro qualche utile chiarimento – non senza piccoli ma importanti “aggiustamenti di rotta” rispetto alle affermazioni contenute nella [sent. 269/2017](#), in effetti piuttosto ambigue soprattutto su questo punto – circa la posizione del giudice interno nelle situazioni di cosiddetta “doppia pregiudizialità” (costituzionale ed eurounitaria).

5. I diversi utilizzi delle diverse fonti in uno schema cartesiano

Ora che sono stati introdotti almeno i principali elementi necessari per “preparare il terreno” e sono state collocate alcune prime fondamentali tessere in quella sorta di mosaico che si vorrebbe tentare di comporre, si può provare a tratteggiare – nel senso letterale, e dunque ...grafico – un quadro completo e schematico dei *meccanismi* e dei *metodi* attraverso cui è oggi possibile tutelare per via giurisdizionale – in *varie sedi* e appunto *in vari modi*, con *varie tecniche* – i diritti e i principi fondamentali previsti dalle tre principali fonti di riferimento a livello nazionale e sovranazionale (la Costituzione, la CEDU e la Carta di Nizza), con l’avvertenza che un ruolo secondario ma non insignificante può essere svolto da molte altre fonti internazionali (si pensi in particolare alla Carta sociale europea, che in tempi recenti ha fatto capolino anche nella giurisprudenza costituzionale²⁵).

Lo schema in discorso sembra poter assumere efficacemente le forme di una semplicissima “griglia” o tabella, andando a disporre lungo uno dei due assi cartesiani le tre fonti indicate e, lungo l’altro asse, i possibili (almeno in astratto) meccanismi, strumenti o metodi di tutela dei diritti e principi fondamentali ivi sanciti, in tal modo ricavando una serie di combinazioni e dunque di “caselle”: su cui in parte ci si è già soffermati... *ante litteram* nelle pagine precedenti, e in altra parte

²⁵ Cfr. le sentt. [n. 120](#) e [194 del 2018](#).

ci si andrà a soffermare brevemente nelle prossime pagine del presente contributo (rinviandosi per una trattazione più ampia dei vari aspetti della complessa tematica ad approfondimenti futuri e/o già svolti in altre sedi da chi scrive o da altri).

Per mera comodità espositiva in vista dei richiami/rimandi che dovranno farsi, ciascuna delle “caselle” verrà fin da subito identificata mediante una lettera ed un numero (... proprio come nel gioco della battaglia navale), con l’eccezione di alcune caselle che, per effettuare una sia pur minima “scrematura” iniziale, possono senz’altro già considerarsi “vuote”, per ragioni intuibili (e salve alcune precisazioni di interesse pressoché solo teorico che anche in questi casi si potrebbero forse fare, ma che sembrano del tutto irrilevanti ai nostri fini).

Ecco dunque lo schema:

	1. Costituzione	2. CEDU	3. Carta dei diritti fondamentali
A. Interpretazione conforme	A1	A2	A3
B. Applicazione diretta senza disapplicazione di norme legislative contrastanti	B1	B2	B3
C. Applicazione diretta con disapplicazione di norme legislative contrastanti	-	-	C3
D. Incidente di costituzionalità	D1	D2	D3
E. Rinvio pregiudiziale - 267 TFUE	-	(E2)	E3
(F. Parere consultivo ex protocollo 16)	-	(F2)	-
G. Ricorso diretto alla Corte EDU	-	G2	-

Avendo già trattato (pur ovviamente in modo sommario e parziale) almeno alcuni dei punti da toccare, si può a questo punto procedere piuttosto speditamente all’illustrazione – sempre in forma sintetica – delle singole “caselle” dello schema.

6. (A) *L’interpretazione conforme*

(A1) Il discorso sull’interpretazione conforme a Costituzione è un discorso molto più complesso e denso di implicazioni di quanto talora si pensi: non potendo ovviamente svilupparlo in questa sede²⁶, ci si può qui limitare a ricordare un paio di passaggi di sentenze della Corte costituzionale, integrando le citazioni delle pronunce con qualche brevissima interpolazione o aggiunta che dovrebbe far emergere almeno il bandolo di alcune tra le più importanti questioni che tale pratica, per come ha preso piede nel nostro contesto, sembra sollevare.

²⁶ Si è provato a farlo, sotto alcuni aspetti, in V. SCIARABBA, *L’ “interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*. Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007, Torino, 2008, 481-493, e in ID., *Il ruolo della CEDU*, cit., spec. cap. 4.

La prima citazione è tratta dalla celebre [sentenza n. 356 del 1996](#), e rappresenta una “formula” che in qualche modo ha definito e consacrato la “dottrina” in questione: “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime [ma spesso neanche si possono impugnare, giacché si incorrerebbe in una pronuncia di inammissibilità!] perché è possibile darne interpretazioni [sicuramente? eventualmente? ad avviso di chi?] incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”.

Sorvolando completamente su tutti gli approfondimenti sollecitati dai “destabilizzanti” interrogativi e spunti di riflessione appena proposti, si può richiamare un secondo passaggio tratto da una decisione molto più recente, che, ricollegandosi espressamente a quella appena citata, sembra in qualche modo correggere il tiro rispetto ad alcuni eccessi intercorsi nel periodo intercorso tra le due. Nella [sentenza n. 42 del 2017](#) la Corte ha infatti affermato quanto segue: “...Se, dunque, ‘le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)’ ([sentenza n. 356 del 1996](#)), ciò non significa che, ove sia *improbabile o difficile* prospettare un’interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere *scrutinata nel merito*. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, *necessario*, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile”.

Resta in ogni caso ben ferma una circostanza, che ai nostri fini rappresenta il dato più significativo: un giudice comune innanzi al quale un avvocato abbia prospettato in maniera plausibile un’eccezione di incostituzionalità di una determinata interpretazione di una disposizione e, al contempo, proposto e ben perorato un’interpretazione alternativa della medesima disposizione tale da escludere qualsiasi dubbio di costituzionalità si troverà se non costretto almeno fortemente indotto, secondo consolidato insegnamento della Corte costituzionale, ad optare immediatamente per questa seconda interpretazione (in ipotesi più favorevole ai diritti fondamentali della parte coinvolta ed idonea a garantirne l’immediata tutela); potendo tutt’al più scegliere prudenzialmente la via del giudizio di legittimità costituzionale – comunque suscettibile di portare, pur in tempi più lunghi, ad una analoga tutela (oltretutto con ricadute di portata generale) – qualora l’interpretazione costituzionalmente orientata risulti a suo avviso “improbabile o difficile”²⁷.

Appena il caso di aggiungere, poi, che la formula “interpretazione conforme”, pur evocativa e tranquillamente utilizzabile, è forse, a rigore, non poco “riduttiva”: molti dei casi in cui la Corte costituzionale dichiara una questione inammissibile per non aver il giudice ordinario previamente provveduto a cercare una diversa soluzione conforme a Costituzione e dunque tale da rendere non necessario l’incidente di costituzionalità non hanno infatti alla base un difetto di attività propriamente “interpretativa”, ermeneutica, su una disposizione predeterminata e indiscutibilmente da applicarsi. Spesso il problema è più ampio, e magari attiene proprio alla scelta della disposizione applicabile²⁸; sicché, più che di “interpretazione” conforme, si potrebbe forse parlare (meno icasticamente, ma più

²⁷ Cosa che – sembra importante notare – può accadere non solo nei casi in cui tale interpretazione “sia *incompatibile con il disposto letterale* della disposizione e si riveli *del tutto eccentrica e bizzarra*, anche alla luce del *contesto normativo* ove la disposizione si colloca” (così la [sentenza n. 36 del 2016](#)), ma anche in un tipo di situazione differente e spesso trascurato, nondimeno importante, e pertanto meritevole almeno di una rapida menzione. In effetti, tra i casi in cui la prospettazione di un’interpretazione *costituzionalmente* conforme (e la conseguente opzione a favore di essa) potrebbe o dovrebbe ritenersi “improbabile o difficile” (con conseguente opportunità di un coinvolgimento della Corte costituzionale) sembrano esservi, oltre a quelli in cui la difficoltà deriva da ostacoli testuali e sistematici, anche quelli in cui la difficoltà deriva dal fatto che, per usare un’espressione non propriamente scientifica ma utile per intendersi, *la coperta è troppo corta*, sicché privilegiando un’interpretazione più favorevole a un determinato diritto, principio, valore o interesse costituzionale (o anche convenzionale o eurounitario, il discorso potendosi ampliare e rovesciare perfettamente) si andrebbe più o meno visibilmente a incidere in negativo su un altro diritto, principio, valore o interesse di pari o simile rilievo (e a sua volta di matrice costituzionale, convenzionale, eurounitaria o in genere internazionale).

²⁸ Cfr. ad es., anche per i pertinenti richiami giurisprudenziali, G. SORRENTI, *La “manifesta infondatezza” delle questioni di legittimità costituzionale e l’applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi, di rinnovata attualità*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (curr.), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino, 2002, 115.

precisamente) di “individuazione”²⁹ e “ricostruzione” costituzionalmente conforme delle norme applicabili.

E a tal proposito, ma non solo a tal proposito, particolarmente istruttive – specie per le loro implicazioni circa il possibile ruolo “attivo” e propositivo degli avvocati nell’ambito dei giudizi comuni – appaiono quelle ordinanze in cui la Corte costituzionale dichiara inammissibile una questione, proposta con riferimento all’art. 3 Cost., perché la discriminazione o comunque l’irragionevolezza lamentata avrebbe già potuto (e dovuto) essere risolta, o meglio prevenuta, dal giudice *a quo* mediante il ricorso allo strumento dell’analogia (secondo un modo di ragionare che porterebbe quasi ad affermare, sullo schema di una proporzione matematica, che *l’analogia sta, in via di principio, al giudice ordinario come l’utilizzo del principio di eguaglianza a fini additivi sta, nei casi residui, alla Corte*; con ciò evidenziandosi, da una parte, che la *struttura logica* delle operazioni è grossomodo la medesima, e, dall’altra, che i *presupposti* e gli *effetti* delle operazioni sono invece, come è ben noto, differenti)³⁰.

(A2) Dell’interpretazione conforme *alla CEDU*, e in certa misura dei suoi (potenzialmente problematici) rapporti con l’interpretazione conforme a Costituzione (con riguardo ai casi in cui tra le due non vi sia *prima facie* convergenza), si è già detto. Si può qui aggiungere che analoghi problemi di coordinamento possono sorgere nei rapporti con *altre* forme di interpretazione conforme, diversamente orientate (al diritto comunitario/eurounitario oppure anche ad altre fonti internazionali).

Soprattutto, però, si deve ribadire che anche in questo caso, in linea generale (fatte salve cioè le situazioni più complesse cui si è accennato), il “sistema” non solo consente, ma addirittura impone ai giudici comuni di optare immediatamente per soluzioni interpretative (e in genere ricostruttive del diritto applicabile) attraverso le quali sia possibile *scongiurare subito il rischio* di una violazione della CEDU, rivestendo la (pur sempre possibile) questione di costituzionalità (per indiretta violazione dell’art. 117, comma 1, Cost.) un ruolo in qualche modo “residuale” (e restando ovviamente escluso che i giudici possano, in caso di dubbi non manifestamente infondati in punto di compatibilità con il diritto di Strasburgo, chiudere le porte tanto ad una soluzione interpretativa quanto ad una rimessione alla Corte costituzionale).

Con tutte le positive conseguenze che da ciò derivano sulle possibilità d’azione degli avvocati che intendano tutelare al meglio i diritti dei propri assistiti, alla luce anche della copiosa giurisprudenza della Corte EDU: le cui indicazioni, come si è ricordato, il giudice nazionale è vincolato a recepire (qualora espressive di orientamenti consolidati o non problematici) o quantomeno a tenere... nella dovuta considerazione, eventualmente motivando – alla luce anche degli “indici” e dei criteri vari forniti dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 49/2015](#) e in generale nella propria giurisprudenza – per quale motivo ritenga determinate pronunce della Corte di Strasburgo non pertinenti o comunque non decisive.

(A3) Non molto da dire sull’interpretazione conforme alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: già nella celebre [sentenza n. 170 del 1984](#) la Corte costituzionale era stata netta nell’affermare che “fra le possibili interpretazioni del testo normativo prodotto dagli organi nazionali va prescelta quella conforme alle prescrizioni della Comunità, e per ciò stesso al disposto costituzionale, che garantisce l’osservanza del Trattato di Roma e del diritto da esso derivato”; e numerose pronunce anche della Corte di giustizia hanno nel tempo confermato e precisato (in termini via via più estesi) gli obblighi di interpretazione conforme ai vari tipi di fonti e di norme del diritto comunitario/eurounitario, risultando oggi scontato – alla luce della giurisprudenza europea e nazionale – che simili obblighi valgano pienamente anche con riferimento alla Carta di Nizza³¹.

²⁹ Cfr. sul punto G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, 31.

³⁰ Possono richiamarsi a questo riguardo, in funzione illustrativa di quanto affermato, le sentenze [n. 184 del 2000](#) e [n. 198 del 2003](#).

³¹ Cfr. in proposito, tra gli altri, E. LAMARQUE, *The Italian Courts and Interpretation In Conformity With the Constitution, EU Law and the ECHR*, in [Rivista AIC](#), 4/2012, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso*

Un'importante peculiarità nel caso dell'interpretazione conforme alla Carta, e in genere al diritto dell'Unione, sta nel fatto che risulta in qualche modo sdrammatizzata, almeno in linea di massima, la questione del “limite” dell'interpretazione conforme e segnatamente dell'individuazione del confine tra il ricorso a questa tecnica e la vera e propria “disapplicazione” della legge. Ciò per la semplice ragione che – almeno a determinate condizioni (su cui ci si soffermerà rapidamente più avanti) e salvo anche quanto si è visto e si vedrà meglio a proposito del nuovo orientamento “accentratore” della Corte costituzionale inaugurato con la [sentenza n. 269/2017](#) – allorché il contrasto si profili con norme della Carta (come pure di altre fonti eurolunitarie), il giudice comune disporrà della stessa possibilità di disapplicazione immediata della legge (come chiarito a partire dalla poc'anzi citata [sentenza n. 170/1984](#), sul fondamento dell'art. 11 della Costituzione), a differenza di quanto avviene in caso di contrasto con norme della Costituzione o della CEDU.

7. (B) *L'applicazione diretta (senza disapplicazione di norme legislative contrastanti)*

(B1) Molto breve (almeno ai nostri fini) può essere anche il discorso (o meglio, il cenno) relativo alle possibilità di vera e propria “applicazione diretta” dei diritti e principi fondamentali costituzionali ed europei nell'ambito dei giudizi comuni, non soltanto in veste di riferimenti ermeneutici cui tendere nell'interpretazione degli atti di normazione ordinaria da applicarsi, bensì in qualità di fonti immediate della disciplina, in mancanza o in luogo di altri atti.

Seppur periodicamente rimessa in discussione o fatta oggetto di contestazioni più o meno estemporanee, può infatti considerarsi pienamente acquisita – almeno in linea di principio e con una lunga serie di precisazioni e *distinguo* in cui non ci si può qui addentrare – la capacità delle norme costituzionali di svolgere un simile ruolo³², con l'ovvio limite (tra gli altri) derivante dall'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale qualora in gioco vi sia in realtà l'accantonamento di una norma *con forza di legge* (accantonamento precluso – come è noto – al giudice comune).

(B2) Sebbene tale importantissima circostanza sia spesso trascurata, la stessa conclusione può estendersi, in sostanza, all'ipotesi di applicazione diretta della CEDU.

In effetti, vi è la possibilità di isolare, pur nel quadro teorico delineato dalla Corte costituzionale a partire dalla “sentenze gemelle”, alcune ipotesi nelle quali delle pratiche almeno in qualche senso definibili di applicazione diretta della CEDU dovrebbero con una certa probabilità (se non con certezza) ritenersi ammissibili.

A questo riguardo, sembra utile ribadire preliminarmente una notazione relativa ad alcuni passaggi della [sentenza n. 348 del 2007](#) che – vuoi per la loro formulazione, vuoi per un certo frettoloso allarmismo in sede di prima lettura da parte di qualche commentatore – avevano suscitato critiche, dubbi o perplessità: si tratta dei passaggi (al punto 3.3 in diritto) in cui la Corte aveva affermato che “[l]a distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le

dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, Napoli, 2012, e A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

³² Tra i tanti contributi in materia cfr. V. ONIDA, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 501 ss.; A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 685 ss. nonché in AA.VV., *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990; R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (l'interpretazione “adeguatrice” e l'applicazione diretta)*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (curr.), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, 635 ss.; R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201 ss.; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011 e V. BARSOTTI (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che *vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto [...]* Le Risoluzioni e Raccomandazioni citate dalla parte interveniente si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni”.

Ciò che si vuol sottolineare anche in questa sede è che non sarebbe affatto corretto desumere da tali passaggi che la Corte abbia realmente inteso negare *qualsiasi forma* di applicazione diretta, ad opera dei giudici comuni, della Convenzione (per il tramite della relativa legge di esecuzione), riservando a questi ultimi (e, alla base, agli avvocati) l'unica possibilità di utilizzare la CEDU come parametro da invocare ai fini del sollevamento di una questione di legittimità costituzionale o come elemento da tenere in considerazione ai fini dell' "interpretazione conforme" delle norme interne applicabili, relegando per il resto il valore giuridico della Convenzione al piano dei rapporti internazionali tra Stati pienamente sovrani.

Premesso che un simile ipotetico e, si lasci dire, eccentrico scenario avrebbe determinato un forte cambiamento – in specie un inspiegabile “arretramento” – rispetto agli indirizzi ricostruttivi e operativi precedenti³³, può notarsi come invece una lettura “ragionevole” delle frasi in questione, guidata dalla loro contestualizzazione nell'economia delle sentenze gemelle e dal loro stesso tenore testuale, conduca in maniera piana a ritenere che *l'unica* forma di applicazione diretta della CEDU che la Corte abbia inteso *con certezza escludere* è quella che si accompagna alla (o, se si preferisce, che determina la) *non applicazione delle norme legislative interne in eventuale contrasto con essa*³⁴.

³³ È noto infatti come la questione della diretta applicabilità della CEDU da parte dei giudici comuni (questione, in effetti, non di esclusiva e forse nemmeno primaria competenza della Corte costituzionale, almeno entro certi termini) fosse stata già definitivamente risolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza *Polo Castro* del 23 novembre 1988 (dep. 8 maggio 1989), volta a dirimere un contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla I Sezione penale.

In tale sentenza la Cassazione si espresse in senso favorevole al carattere *self executing* della Convenzione, rimarcandone l'idoneità a tradursi in norme appunto di diretta applicabilità nell'ordinamento italiano, e quindi immediatamente invocabili dinanzi al giudice comune.

Risultò quindi smentito e superato quell'indirizzo alternativo che negava la possibilità di immediata applicazione delle norme della CEDU, ritenendo in sostanza che gli Stati contraenti avessero voluto “stabilire reciprocamente degli impegni internazionali in materia di diritti dell'uomo, creando dei meccanismi sul piano europeo per garantirne il rispetto, ma tali impegni si traduc[essero] in norme che interessano per l'appunto tali Stati contraenti e non ‘...i rispettivi sudditi’” (così l'efficace sintesi di G. RAIMONDI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato: il ruolo della Corte dei diritti dell'uomo*, in Europeanrights.eu, 2010, laddove l'infelice e finanche grottesco riferimento ai “sudditi” è purtroppo ripreso testualmente da una per questo celebre sentenza della Cassazione nella quale, per essere precisi, si leggeva che “[l]e norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno carattere meramente programmatico ed efficacia vincolante solo per gli stati contraenti e non per i relativi sudditi, ancorché sia consentito a questi ultimi adire la commissione europea per i diritti dell'uomo dopo la decisione interna avente carattere definitivo”: Corte di Cass., sent. 22 dicembre 1987, *Lagolio*, in *Riv. pen.*, 1989, 207).

Raimondi ricorda anche che, per altro verso, la sentenza *Polo Castro*, “pur risolvendo il problema della diretta applicabilità della Convenzione, aveva lasciato aperto quello del suo *status* nell'ordinamento italiano nel quadro della gerarchia delle fonti di questo, e quindi la questione della soluzione di eventuali conflitti tra la disciplina convenzionale e quella derivante da leggi nazionali *posteriores* alla legge di ratifica della Convenzione”.

Sul punto, come è noto, sono successivamente intervenute due importanti sentenze rispettivamente della Corte costituzionale (la [n. 10 del 1993](#)) e della Corte di Cassazione (Sez. I penale 12 maggio/10 luglio 1993, *Medrano*), che, pur mediante argomentazioni diverse, avevano attribuito alla Convenzione una particolare forza di resistenza rispetto alla legislazione ordinaria successiva.

Ma, come pure è noto, tali sentenze “non hanno poi avuto gran seguito, e la situazione è rimasta assai confusa ed incerta – quanto al problema del *primato* delle norme della Convenzione – sino alle [...] sentenze del 2007 della Corte costituzionale” (G. RAIMONDI, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit.).

³⁴ V. in particolare il punto in cui si statuisce che le norme della CEDU “non producono *effetti diretti* nell'ordinamento interno, *tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*” (corsivi aggiunti, per evidenziare la concatenazione logica e dunque l'effettiva, esatta portata del “divieto”).

Di conseguenza, deve tuttora ritenersi impregiudicato e aperto il discorso relativo ad *altre* forme di applicazione diretta della Convenzione. E si tratta di un discorso che, anche nel contesto del nuovo quadro generale delineato dalle sentenze gemelle, è stato già in larga misura sviluppato in dottrina, in diverse occasioni e con varietà di approcci³⁵.

Rinviando ad altri scritti per una trattazione più ampia³⁶, si possono sommariamente ed esemplificativamente indicare le seguenti ipotesi (almeno teoriche) di “applicazione diretta” della CEDU: a) quella di antinomia tra (legge di esecuzione della) CEDU e legge anteriore ad essa (o meglio, anteriore alla legge di recepimento della CEDU nell’ordinamento interno); b) quella di contrasto tra (legge di esecuzione della) CEDU e atti (provvedimentali o normativi) di rango sublegislativo; c) quella di applicazione diretta della (legge di esecuzione della) CEDU in mancanza di (altra) norma legislativa applicabile al caso.

(B3) Quanto all’applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali – sicuramente da ammettersi in linea generale (se non altro in virtù della sua formale equiparazione ai Trattati) – la questione principale non sembra in questo caso (se non per le sue possibili conseguenze *indirette*) quella della distinzione tra le ipotesi di applicazione diretta *senza* oppure *con* contestuale disapplicazione di norme interne con forza di legge (distinzione invece cruciale nel caso di contrasto tra atti legislativi e Costituzione, o CEDU), dal momento che l’eventuale rango legislativo della disciplina interna confliggente *di per sé* non rappresenterebbe, in questo caso, un ostacolo al suo accantonamento da parte del giudice comune, che ben potrebbe, astrattamente, *disapplicare* tale disciplina.

Piuttosto l’eventuale rango legislativo della disciplina interna in (possibile) contrasto con la Carta potrebbe assumere rilievo indirettamente. Infatti, discendendo da tale rango – in linea generale – la possibilità di investire la Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, esso potrebbe rappresentare il presupposto (o meglio uno dei presupposti) per l’attrazione della fattispecie tra quelle in relazione alle quali la Corte costituzionale ha recentemente affermato l’opportunità, se non addirittura la necessità, del proprio intervento, risultando in questa prospettiva i poteri di disapplicazione del giudice comune potenzialmente “erosi” non tanto da una preclusione originaria ricollegabile ad una sua assenza di competenza (in senso lato) o di legittimazione (sempre in senso lato, e qui peraltro il discorso meriterebbe di essere approfondito potendosi forse ricostruire e cogliere proprio in questa chiave la ragione profonda della “svolta” della Corte costituzionale); bensì dalla concorrenza, o meglio, da quella sorta di “preemption”, di prelazione, che il giudice delle leggi, in linea di principio non senza buone ragioni³⁷, ha ritenuto saggio (tentare di) affermare a proprio favore

³⁵ Cfr. se non altro – per limitarsi ad alcuni degli scritti dei due Autori che forse maggiormente hanno avuto a cuore e approfondito il problema – A. RUGGERI, *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 28 febbraio 2011, nonché in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XV. Studi dell’anno 2011*, Torino, 2012, 35 ss.; ID., [La Corte costituzionale “equilibrata” tra continuità e innovazione. sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#), in questa [Rivista, Studi 2011](#) (07.07.11), e in ID., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XV. Studi dell’anno 2011*, Torino, 2012, 441 ss.; ID., *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 29 novembre 2014; e R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

³⁶ Cfr. in particolare il cap. 3 del volume *Il ruolo della CEDU*, cit.

³⁷ L’opportunità che la Corte costituzionale non assistesse inerte alla progressiva emarginazione propria e della Costituzione stessa in conseguenza del prevedibile sviluppo di una sorta di sindacato di costituzionalità diffuso (e semmai in parte “euro-accentrato”) sotto diverso nome e con diverso parametro (la Carta dei diritti fondamentali) era stata evidenziata e più volte ribadita anche da scrive a partire dal 2003. Per un’illustrazione delle ragioni alla base di tali rilievi e per alcune proposte di “soluzione” cfr. ad es., volendo, V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*. Relazione introduttiva al “II Workshop in Diritto internazionale e dell’Unione”, organizzato da Magistratura Democratica e Medel (Venezia, 8-9 aprile 2011), in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo: il giudice alla ricerca della soluzione*, Bari, 2012, 109-125, nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), e in [Europeanrights.eu](#), 2011, e ID., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE* (relazione svolta nell’ambito dello “Stage di Diritto Europeo” - Formazione iniziale dei M.O.T. nominati con D.M. 10 dicembre 2015 e D.M.18 gennaio

a partire dalla [sentenza n. 269 del 2017](#) (in termini invero non ancora definiti e chiariti in modo pieno, anche e precipuamente quanto alla cruciale questione del rapporto tra questa affermata nuova competenza della Consulta e le tradizionali competenze dei giudici comuni e della Corte di giustizia). Sul punto si tornerà poco più avanti.

8. (C) *L'applicazione diretta (con disapplicazione di norme legislative contrastanti)*

(C3) Esclusa la possibilità di vera e propria disapplicazione della legge per contrasto con la Costituzione e con la CEDU³⁸, la questione “calda”, cui già si è fatto riferimento, è quella della disapplicazione per contrasto con la Carta dei diritti fondamentali.

A prescindere (per il momento) dalle ricadute – peraltro, come si anticipava, non ancora univocamente e precisamente definite – delle innovative indicazioni operative contenute nella [sentenza n. 269/2017](#) (e poi, come vedremo oltre, nelle sentenze [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#)), va ricordato che diversi fattori incidono a monte, in generale, sulla possibilità di applicazione della Carta e, in particolare, sulla possibilità di disapplicazione del diritto interno con essa incompatibile.

Sembra utile dedicare almeno qualche cenno ad alcuni di tali fattori.

1) Il primo, più immediato e ben noto limite all'applicazione della Carta, e quindi anche alla disapplicazione del diritto interno contrastante, deriva ovviamente da quanto previsto dall'articolo 51, par. 1 (prima parte), della Carta stessa: “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*”³⁹.

2) Un secondo limite, almeno potenziale, alla diretta invocabilità e alla “piena” applicabilità – con disapplicazione del diritto interno contrastante – delle norme, o meglio di *alcune* norme, della Carta, potrebbe poi discendere dalla famigerata distinzione tra diritti e principi di cui all'art. 52, par. 5: “Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate *da atti legislativi e esecutivi* adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri *allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione*, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse *possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*” (corsivi ovviamente aggiunti, qui come altrove).

2016, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Roma, Corte d'Appello, 27 - 29 luglio 20), in [Rivista AIC, 1/2017](#).

³⁸ Quanto alla CEDU – lasciando in disparte la questione, già accennata, dell'eventuale... non applicazione su base “cronologica” di leggi con essa incompatibili *precedenti*, secondo lo schema consueto dell'abrogazione implicita (da imputarsi alla legge di esecuzione, pariordinata e successiva rispetto alla legge che si andrebbe pertanto a ritenere abrogata) – può farsi tuttora riferimento, per una limpida e netta confutazione dei principali argomenti che erano stati adottati da parte di alcuni giudici (e talora in dottrina) a favore della possibilità di immediata disapplicazione delle leggi in contrasto con tale Convenzione – alla [sentenza della Corte costituzionale n. 80 del 2011](#).

³⁹ Sorvolando su altre questioni più specifiche sollevate dal tenore testuale dell'art. 51, un importante problema che si vuol segnalare al riguardo è quello delle “discriminazioni a rovescio” potenzialmente discendenti dalla differenza di trattamento, di regime, tra le fattispecie di rilievo eurounitario (nelle quali la Carta è invocabile) e le fattispecie “puramente interne” (nelle quali la Carta non può di per sé essere invocata): differenza di regime che talora sarà limitata al comunque importante piano “processuale”, qualora l'esistenza di garanzie costituzionali o convenzionali pienamente corrispondenti a quelle della Carta consenta di sollevare utilmente un'eccezione di incostituzionalità tale da raggiungere, alla fine, un risultato sostanzialmente analogo a quello che si avrebbe attraverso l'applicazione diretta la Carta; ma che talora sarà anche “sostanziale”, laddove l'impossibilità di invocare la Carta in una determinata fattispecie imporrà una soluzione del caso diversa da quella che si avrebbe in fattispecie strutturalmente identiche sotto ogni profilo logicamente rilevante, ma che però, ricadendo per ragioni “contingenti” nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, potranno/dovranno essere decise alla luce anche della Carta e, appunto per questo, avranno esito differente. Nell'impossibilità di affrontare il problema in questa sede, ci si permette di rinviare per alcune riflessioni in proposito a V. SCARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, cit.

La questione è quanto mai complessa e delicata e non è ovviamente possibile affrontarla a tutto tondo⁴⁰.

In estrema e selettiva sintesi, ci si può qui limitare a osservare quanto segue.

Anzitutto, può notarsi come la tesi secondo cui l'introduzione (ad opera della *seconda* Convenzione) di tale disposizione avesse tra i suoi scopi principali quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia sociale sembri, per più versi, trovare riscontro nella "spiegazione" relativa a tale articolo⁴¹.

In secondo luogo, sembra utile richiamare ancora una volta un importante passaggio del "mandato di Colonia" – cioè dell'atto del Consiglio europeo del 3-4 giugno 1999 alla base del lavoro di elaborazione e redazione dell'intera Carta – nel quale si puntualizzava che, nella redazione del testo, si sarebbe dovuto prendere in considerazione i "diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*".

Il motivo per il quale tale passaggio sembra "ex post" molto rilevante risiede nella possibilità di trarne – alla luce di un'ulteriore circostanza storica che non può essere cancellata dagli eventi successivi, e cioè del fatto che lo stesso Consiglio europeo, una volta che la (prima) Convenzione ha prodotto il suo testo, ha approvato tale testo senza alcuna obiezione – una sorta di regola interpretativa secondo la quale, almeno "fino a prova contraria", quelli contenuti nella Carta *non* sono "diritti unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione", cioè appunto, in buona sostanza e in questo contesto, "principi"; bensì, in ogni caso, "qualcosa di più"⁴².

In ogni caso, può ribadirsi che i "principi" cui fa riferimento l'art. 52 sono cosa diversa dai "principi generali" di cui all'art. 6, par. 3, del TUE (cioè quelli ricostruiti a partire dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e sul cui regime giuridico sarebbe pure opportuno tornare a riflettere con la massima attenzione, ma in un quadro e in una logica del tutto diversa).

3) Si deve rinviare a quanto scritto in altra occasione⁴³ anche con riguardo ad una terza questione in grado di incidere in senso lato sull'applicazione della Carta, e cioè quella relativa al ruolo delle

⁴⁰ Per dei primi tentativi di approfondimento cfr. volendo V. SCARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* cit, e ID., *Tra Fonti e Corti*, cit.

⁴¹ ... in primo luogo laddove (discutibilmente) si sostiene che la norma sarebbe in linea "con l'approccio ai 'principi' negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*"; e, in secondo luogo, laddove si introducono ulteriori elementi di ambiguità richiamando, quali esempi di *principi* contenuti nella Carta – oltre che l'art. 37 ("Tutela dell'ambiente") – gli artt. 25 e 26, i quali prevedono rispettivamente il "*diritto* degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" e il "*diritto* dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità". Evidente, da una parte, la contraddizione terminologica. D'altra parte, poi, può notarsi come si tratti di disposizioni dalle quali la nostra e altre giurisprudenze (costituzionali e non) saprebbero ben trarre contenuti precettivi tali da permetterne, in molte situazioni fattuali e normative, una immediata invocabilità in sede giudiziaria.

⁴² In effetti, se la disposizione dell'art. 52, par. 5, è chiara (ancorché, a ben vedere, meno di quanto potrebbe inizialmente apparire) nella sua seconda parte (quella in cui descrive/prescrive il "regime operativo" dei principi), essa contiene un elemento di incertezza (che le "spiegazioni" della Carta non sembrano affatto risolvere, ma anzi, come si è tentato di mostrare in altra sede, accentuano) nella prima, su un punto assolutamente decisivo: *quali* sono le "disposizioni della presente Carta che contengono dei principi"? E, prima ancora, e in generale: quali sono i *criteri per definire e individuare* questi "principi"?

Se si accetta, come sembra ragionevole, la possibilità di stabilire un certo collegamento tra i "principi" cui la disposizione allude e il passaggio del mandato di Colonia relativo ai diritti sociali – nel senso cioè che "principi" sarebbero proprio (forse non solo, ma anche e anzitutto) quelle norme, o quegli "pseudo-diritti", che si pongono "unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione" – si potrebbe allora arrivare ad affermare, chiudendo il cerchio, che, appunto *fino a prova contraria*, come si diceva, quelli contenuti nella Carta *non* sono *principi* (non almeno, lo si vuol ribadire, principi in questo senso).

Si tratta, come intuibile, di un canone ermeneutico piuttosto rigoroso e forse in grado di ridimensionare già "a monte" i possibili effetti dannosi di una disposizione dagli intenti (e dai contenuti) parecchio discutibili.

⁴³ Cfr. V. SCARABBA, *Le "spiegazioni" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, 59-93.

altrettanto famigerate ma tuttora sempre un po' misteriose "spiegazioni": richiamate, in virtù di successive, progressive aggiunte di evidente e quasi ossessivo intento "riduttivo" (rispetto alle potenzialità innovative della testo di Nizza), sia nel Preambolo della Carta, sia nel suo art. 52, par. 7, sia, infine, nell'art. 6 del Trattato sull'Unione.

Basterà qui ricordare, pur solo con un brevissimo cenno, quale fosse, lavori preparatori alla mano, l'originaria natura e funzione di tale documento. Ciò dovrebbe consentire almeno di "smascherare" e in parte neutralizzare quella sorta di "falso storico" compiuto allorché si è aggiunto nell'art. 52 della Carta il già richiamato par. 7, che ragiona di "spiegazioni elaborate *al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali*".

Ebbene, nel documento della Convenzione Herzog del 31 luglio 2000 contenente la versione originaria delle "spiegazioni" relative al testo completo della Carta⁴⁴, si legge: "Si allega *per i membri della Convenzione* una relazione esplicativa delle disposizioni della Carta, elaborata dal Segretariato su mandato del Presidium. *Il Presidium aveva chiesto* in particolare che la relazione fosse *il più possibile fattuale e riprendesse i testi o la giurisprudenza che sono serviti da fonte per la redazione* dei vari articoli, *evitando ogni tentativo di interpretazione della Carta*" (corsivi aggiunti).

Questa frase, ci pare, mostra con sufficiente chiarezza sia il vero motivo delle peculiarità contenutistiche delle "spiegazioni" (e, precipuamente, della loro ricchezza di richiami e citazioni di fonti precedenti), sia, soprattutto, la limitatissima funzione che questo documento esplicativo era chiamato a svolgere nell'intenzione tanto di chi lo aveva scritto quanto di chi aveva chiesto di scriverlo: funzione, in sostanza, di pura illustrazione storico-descrittiva, destinata essenzialmente ai membri della Convenzione (non tutti esperti giuristi in grado di padroneggiare il complesso quadro normativo di riferimento), relativamente ai "materiali" utilizzati per la redazione della prima bozza completa di articolato ad opera dello stesso Presidium. E ciò spiega, al contempo, perché le Spiegazioni pongano l'accento più sulle appariscenti (o apparenti) consonanze con le fonti di ispirazione della Carta che non sulle potenziali dissonanze e sulle positive innovazioni che proprio e solo *dall'interpretazione* (per così dire "autonoma") della Carta avrebbero potuto e potrebbero emergere.

In breve, dunque, se un qualche ausilio le "spiegazioni" dovevano fornire all'operatore, esso in tutto sembrava poter consistere fuor che in un "orientamento interpretativo". Ecco perché, con riguardo alla disposizione di cui all'art. 52, par. 7, ci si era permessi e ci si permette nuovamente di ricorrere all'espressione "falso storico".

4) Un quarto elemento in grado di incidere a monte, in generale, sui rapporti tra Carta e diritto interno, e a valle, in particolare e come conseguenza, sul tema della disapplicazione delle norme nazionali, si ricollega non tanto alla ridondante e tutto sommato innocua previsione generale inserita nell'art. 52, par. 6 (secondo cui, nell'interpretazione e applicazione della Carta, "si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, *come specificato nella presente Carta*"), quanto piuttosto proprio alla tecnica redazionale cui si è fatto effettivamente ricorso in moltissimi articoli, che contengono una serie di rinvii alle legislazioni e prassi nazionali, nonché un certo numero di ulteriori "abdicazioni definitive" potenzialmente in grado di "svuotare" (e in ogni caso di limitare) la portata precettiva di tutti gli articoli in questione, andando così a delineare, forse anche opportunamente almeno per certi diritti, un sistema "a geometria (parzialmente) variabile", la cui logica di fondo e la cui concreta funzionalità sembrerebbero accostabili, con implicazioni molto interessanti (nel bene e nel male), a quelle proprie della dottrina del "margine di apprezzamento" elaborata con riguardo alla CEDU dalla Corte di Strasburgo⁴⁵.

5) Di grande impatto sulle concrete possibilità di applicazione della Carta (e accantonamento del diritto interno con essa contrastante) parrebbe infine poter essere un quinto elemento: ai sensi dell'art. 53 della

⁴⁴ Documento CHARTE 4423/00 (CONVENT 46).

⁴⁵ Vale la pena riproporre un breve "censimento" delle disposizioni cui si allude, ricordando come, non a caso, esse riguardino quasi sempre questioni che avevano dato adito ad accese controversie durante i lavori della Convenzione, particolarmente in materia sociale. Si tratta infatti (salvo dimenticanze): dell'art. 10, par. 2; dell'art. 14, par. 3; dell'art. 16; dell'art. 27; dell'art. 28; dell'art. 30; dell'art. 34, par. 1, 2 e 3; dell'art. 35, prima parte, e dell'art. 36.

medesima, “[n]essuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”. In disparte l’ambiguo riferimento al “rispettivo ambito di applicazione” (su cui non ci si può qui soffermare⁴⁶, ma che non può in ogni caso essere inteso in modo tale da vanificare del tutto la regola posta), sembra chiaro che, affinché la disposizione possa avere un senso e un’utilità, se ne dovrebbe ricavare che in base ad essa alcune norme della Carta, alle quali è in via generale riconosciuto un certo significato, e che secondo questa loro interpretazione dovrebbero teoricamente essere applicate (anche) in un determinato contesto, non potranno esserlo, almeno in certi casi, laddove così facendo si andrebbero a limitare o a ledere dei diritti umani o delle libertà fondamentali riconosciute in tale contesto da una delle fonti indicate (e la considerazione sembra valere, in particolare, per le singole costituzioni degli Stati membri, la cui rilevanza diretta potrebbe forse andare ad affermarsi duttilmente per questa via ancor più che per il tramite dell’4, par. 2, TUE).

Tirando le fila, è evidente come, alla luce di tutti questi elementi (e di altri ancora: si pensi almeno alla disposizione, qui volutamente posta in secondo piano ma pur sempre di rilievo, inserita nell’art. 52, par. 4, della Carta, secondo cui “[l]addove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni”), siano numerosi e complessi gli approfondimenti e le verifiche da effettuarsi, *in primis* da parte degli avvocati e ovviamente poi anche da parte del giudice (all’occorrenza chiedendo lumi alla Corte di giustizia), prima di poter affermare che almeno in linea teorica la tensione, insuperabile per via ermeneutica, tra una norma di legge e la Carta dei diritti fondamentali potrebbe essere risolta immediatamente non applicando la legge (e così dando piena applicazione alla Carta).

In aggiunta a ciò, occorre ora rimarcare che, anche nei casi in cui tutte le verifiche abbiano dato esito positivo, sicché in linea appunto teorica sarebbe possibile procedere nel modo appena descritto, la Corte costituzionale ha, come si è visto, affermato (a partire dalla [sentenza n. 269/2017](#)) la propria competenza ad occuparsi di questioni del genere in sede di giudizio accentrato di costituzionalità, quantomeno (ma molto probabilmente non soltanto, come si vedrà dedicando qualche cenno alla [sentenza n. 20/2019](#)) nelle ipotesi in cui, “in parallelo” ad una violazione della Carta, si ritenga (o si sospetti) che vi sia stata, da parte della legge che dovrebbe essere (non) applicata nel giudizio, una violazione della Costituzione (o anche della CEDU, come è stato poi precisato nella [sentenza n. 63/2019](#)).

La tematica dei rapporti (non ancora ben chiariti, e con tutta probabilità destinati a restare largamente “fluttuanti”) tra gli strumenti della *disapplicazione* (*rectius*, secondo la ricostruzione della Consulta, “non applicazione”), dell’*incidente di costituzionalità* e del *rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia* – da parte del giudice comune oppure da parte della stessa Corte costituzionale, che come è noto già da diversi anni ha mutato il proprio precedente orientamento sul punto, riconoscendosi adesso competente a proporre questioni pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo sia nei giudizi in via principale⁴⁷ sia in quelli via incidentale⁴⁸ – rappresenta una delle tematiche di maggior complessità,

⁴⁶ Per qualche tentativo di riflessione in proposito cfr. volendo V. SCIARABBA, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le “clausole orizzontali” della Carta*, cit. e ID., *Tra Fonti e Corti*, cit.

⁴⁷ A partire dall’[ordinanza n. 103 del 2008](#), sulla quale v. anzitutto i commenti di F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008* e M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, entrambi in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, rispettivamente 1288 ss. e 1312 ss.; S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 808 ss. ed E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE: l’ordinanza n. 103 del 2008*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2008, 7689 ss..

⁴⁸ A partire dall’[ordinanza n. 207 del 2013](#), su cui, tra gli altri, O. POLLICINO, *From Partial to Full Dialogue with Luxembourg: The Last Cooperative step of the Italian Constitutional Court*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2014; A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?* cit., spec. 44 ss.; G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai*

attualità e rilievo (riguardando i gangli più importanti dell'intero ordinamento tanto a livello interno quanto a livello eurounitario) nell'ambito del diritto e della giustizia costituzionale in Italia e in Europa. È dunque evidente che su di essa si dovrà tornare ripetutamente ed in modo approfondito nei prossimi mesi ed anni (oltre che, in maniera chiaramente molto sintetica, già nelle prossime pagine).

9. (D) *L'incidente di costituzionalità*

(D1 e D2) Circa la possibilità di promuovere incidenti di costituzionalità in caso di sospette violazioni *della Costituzione* non c'è ovviamente nulla da dire in questa sede, trattandosi di circostanza ovvia.

Quanto poi alla possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale per contrasto *con la CEDU*, si può rinviare, ai nostri limitati fini, a quanto si è detto in precedenza, ove si è ricapitolato in breve il portato delle "sentenze" gemelle del 2007 e della successiva giurisprudenza della Corte costituzionale in materia⁴⁹.

(D3) La possibilità di sollevare in via incidentale una questione costituzionalità in caso di contrasto *con norme della Carta dei diritti fondamentali* rappresenta invece, come si è ricordato, una novità esplicitamente presentata come tale nella [sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017](#), della quale si è già richiamata quella sorta di massima operativa secondo cui "laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, de[ve] essere sollevata la questione di legittimità costituzionale".

Può notarsi, prima di soffermarsi su un paio di sentenze più recenti che sembrano aver modificato il quadro in alcuni suoi aspetti essenziali, la particolare "nettezza" di una simile impostazione, sia (a) quanto alla *delimitazione delle situazioni "coperte" dal mutamento di orientamento giurisprudenziale* rispetto alla (ormai) "tradizionale" (e così parzialmente superata) ricostruzione risalente alla [sentenza n. 170/1984](#), sia (b) quanto alla *definizione degli effetti di tale mutamento*: facendosi riferimento, sotto il primo profilo, alle situazioni in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità *tanto in riferimento alla Costituzione, quanto in riferimento alla Carta*; ed affermandosi, sotto il secondo profilo, che in tali situazioni "debba essere sollevata la questione di legittimità".

Dunque, per semplificare, *solo* in queste situazioni, e *in tutte* queste situazioni, si sarebbe passati da un *divieto* di sollevare la questione di costituzionalità (e contestuale *obbligo* di immediata disapplicazione della legge "incriminata") a un *obbligo* di sollevare la questione (e contestuale *divieto* di immediata disapplicazione).

Soluzione molto lineare, si potrebbe dire. E, sotto questo specifico profilo, si potrebbe anzi apprezzare la capacità della [sentenza n. 269](#) di fornire ai giudici comuni una "regola di comportamento" semplice, facile da decifrare e (su un piano astratto) facile da rispettare, l'unica valutazione richiesta al giudice essendo quella relativa alla apparente sussistenza di elementi di contrarietà della legge rispetto alla Costituzione e alla Carta, senza necessità, né anzi possibilità, di spingersi oltre, giacché una volta effettuato tale riscontro il giudice non dovrebbe né potrebbe far altro

fine ai nuovi inizi, in [Diritti Comparati](#), 2013; ID., *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'asestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, [ibidem](#), 2014; A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, 2897 ss.; A. ADINOLFI, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv. Dir. Intern.*, 2013, 1249 ss.; E. LUPO, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Questione Giustizia*, 1/2014, 33 ss.; B. GUASTAFERRO, *Il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 980 ss.; G. PICCIRILLI, [L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida \(nota a Corte cost., ord. n. 24/2017\)](#), in questa *Rivista*, [Studi 2017/I](#), 125.

⁴⁹ Mentre per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici si rimanda ancora a V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit.

che sospendere il giudizio e rimettere la questione alla Corte costituzionale, alla quale spetterebbe “sbrogliare la matassa”.

Tuttavia, si era già avuto modo di notare⁵⁰ come la soluzione patrocinata e (almeno a prima vista immancabilmente) “imposta” dalla Corte – quella cioè per cui i giudici comuni dovrebbero necessariamente rivolgersi ad essa ogniqualvolta si profili una violazione congiunta di norme della Carta e della Costituzione – apparisse piuttosto rigida e fortemente semplificata rispetto ad altre più articolate, e forse più funzionali, soluzioni prospettabili e prospettate (cosa che sembra tra l’altro spiegare, almeno in parte, le perplessità e le “resistenze” variamente manifestate nel frattempo da parte della magistratura comune verso l’impostazione e le indicazioni operative della [sentenza n. 269](#)⁵¹).

Ad esempio, secondo la diversa tesi sostenuta da Augusto Barbera poco prima dell’adozione della [sentenza n. 269](#), ai giudici comuni “andrebbe richiesto di non disapplicare puntuali norme interne applicando principi *non univocamente antinomici* o addirittura di scarsa precettività; principi che, comunque, potrebbero esigere un *più ampio bilanciamento con altri principi* (per esempio utilizzando il meta-principio di proporzionalità). *In tali casi (e solo in tali casi)* essi *potrebbero*, invece, sollevare un incidente di costituzionalità sulle norme interne per violazione, in via interposta, di un parametro costituzionale”⁵².

Più in generale, si era sostenuto, in linea di piena continuità con riflessioni avanzate già da diversi anni⁵³, “che il miglior ‘punto di equilibrio’ avrebbe potuto (e ancora tutto sommato potrebbe) in questa fase essere collocato – in linea generale e salve ulteriori specificazioni – in una zona intermedia tra il vecchio e ormai superato *divieto* di sollevare una questione di mancata conformità alla Carta dei diritti davanti alla Corte costituzionale, con connesso *obbligo* di immediata disapplicazione (o di rinvio alla Corte di Lussemburgo nei casi dubbi) da parte del giudice comune, e la situazione opposta di immancabile *obbligo* di rivolgersi sempre e subito alla Corte costituzionale”⁵⁴.

In altre parole, si era ritenuto che, sempre in linea generale, sarebbe stato utile ragionare di una *facoltà*, con diverse sfumature a seconda dei casi, di rivolgersi alla Corte Costituzionale⁵⁵. Tale facoltà, si era detto, “potrebbe (e anzi dovrebbe) poi, in alcuni casi (v. poco oltre), connotarsi in termini tali da ‘assomigliare’ molto, e nella sostanza a coincidere, con un obbligo, senza che però essa sia formalmente inquadrata come tale, a meno che si sia disposti, da parte della Corte costituzionale, ad accettare la quanto mai problematica prospettiva – in caso di violazione di tale obbligo – di un conflitto di attribuzione⁵⁶ da essa stessa promosso contro il giudice reo di essersi

⁵⁰ V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 333.

⁵¹ Per un sintetico riepilogo di alcune significative “reazioni” dei giudici comuni, in specie della Corte di Cassazione, alle direttive contenute nella [sentenza n. 269](#) cfr. A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018.

⁵² A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in [Rivista AIC](#), 4/2017 (corsivi aggiunti).

⁵³ Cfr. V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, cit., e ID., *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE*, cit.

⁵⁴ V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 334 s.

⁵⁵ Salvi i soli casi – che sembrerebbero già esclusi dalla Corte nel quadro attuale – in cui la Consulta si ritroverebbe a fare solo da “passacarte” per Lussemburgo, senza avere alcun ruolo autonomo né prima né dopo il responso della Corte di giustizia, non essendovi né altri motivi di illegittimità se non quelli relativi alla violazione indiretta degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., né rischi di dover fare ricorso ai “controlimiti” a seguito del giudizio della Corte di giustizia.

⁵⁶ Una simile prospettiva era stata evocata da M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, par. 7, con riguardo all’ipotesi di disapplicazione della legge per contrasto con la CEDU. Ma, come aveva rilevato A. RUGGERI, [La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#), cit., “l’ipotesi sembra francamente alquanto astratta, tant’è che a tutt’oggi i casi di ‘ribellione’ non sono stati sanzionati nel modo suddetto”.

Tale giudizio sembra valere anche, ed anzi a maggior ragione, con riferimento all’ipotesi di disapplicazione della legge per contrasto con la Carta dei diritti, per motivi facilmente intuibili (v. al riguardo la nota seguente).

discostato dalle indicazioni operative da essa stessa fornite^{57,58}; e si era precisato che il passaggio dalla mera facoltà al sostanziale obbligo non dovrebbe essere concepito come un “salto” ontologico (e deontico), secondo una logica binaria in cui esistono solo il bianco e il nero, ma secondo una logica di gradualità (tanto più che, come si è visto, sarebbe difficile immaginare sanzioni per il mancato rispetto del pur eventualmente affermato obbligo, salvi al limite casi macroscopici)⁵⁹.

Quanto poi al criterio generale cui il giudice comune dovrebbe rifarsi per valutare, diciamo così, *quanto* sia opportuno rivolgersi alla Corte costituzionale, era sembrato di poter “dire, in prima battuta, che tanto più la questione sia *costituzionalmente complessa e/o delicata* tanto più l’intervento della Corte costituzionale sarebbe opportuno, fino a diventare, in certi casi, palesemente necessario (a prescindere da qualificazioni formali e da sanzioni di cui, almeno in questo campo, sarebbe auspicabile non avere bisogno e non fare uso)”; il problema diventando a questo punto, naturalmente, quello di “capire bene cosa debba intendersi per ‘costituzionalmente complessa’ o ‘costituzionalmente delicata’ ai fini in questione^{60,61}”.

La “risposta” che si era abbozzata identificava come “ipotesi di *maggior complessità e delicatezza costituzionale* [...] non solo (e forse non tanto) quelle di *sospetta violazione congiunta della Costituzione, della Carta e della CEDU*, ma anche, e soprattutto, quelle di *contestuale rilevanza* di queste tre fonti (e delle rispettive giurisprudenze)⁶² in termini però non di coincidenza,

⁵⁷ In termini, oltretutto, oggettivamente innovativi rispetto alla propria stessa precedente giurisprudenza e rispetto alla tradizionale giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁵⁸ V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 335 s.

⁵⁹ A una simile e anzi ancor più estrema logica binaria sembravano invece rispondere i passaggi “incriminati” della [sentenza n. 269](#), nella quale si prescindeva perfino dal concetto di *facoltà* e si oscillava, senza che fossero configurate almeno formalmente soluzioni intermedie, tra i due poli opposti del *divieto* e dell’*obbligo* di sollevare la questione di costituzionalità (il passaggio dal primo al secondo polo essendo collegato a una sorta di interruttore che lo stesso giudice comune potrebbe, anzi in teoria appunto *dovrebbe*, utilizzare al ricorrere dell’unica circostanza indicata dalla Corte, e cioè il sospetto di mancata conformità della legge tanto alla Costituzione quanto alla Carta dei diritti, ogni altro elemento risultando invece, sempre in teoria, del tutto irrilevante).

⁶⁰ “Ai fini in questione” perché è chiaro che ogni riflessione su questo aspetto dovrà basarsi, con un certo pragmatismo, soprattutto sulla consapevolezza delle differenze principali del giudizio presso la Corte costituzionale rispetto a ogni altro giudizio, per tutta una serie di ragioni sulle quali non serve qui dilungarsi, e che vanno dalla composizione stessa della Corte agli effetti (diretti e indiretti) delle sue decisioni.

Con riguardo a quest’ultimo profilo, ricorda Barbera come la questione di fondo non sia solo quella di aggirare e “scavalcare” o meno le Corti costituzionali, ma soprattutto quella di compromettere o preservare le *garanzie di certezza* che accompagnano gli istituti di legittimità costituzionale accentrata: “[è] appena il caso di sottolineare, infatti, che le decisioni delle Corti costituzionali operano con effetti *erga omnes* (ed *ex tunc*), così assicurando maggiore uniformità e certezza, mentre la ‘disapplicazione’, lasciando in vita la norma, la rende utilizzabile da altri interpreti, da altro giudice o da altro Ufficio della pubblica amministrazione. Né si può confidare più di tanto nell’obbligo del legislatore di rimuovere quella norma (obbligo, peraltro, sempre più debolmente sottolineato dalla Corte di Giustizia: ma v. [C-455/01 del 16 ottobre 2003 Commissione vs Repubblica italiana](#))” (A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., 8).

⁶¹ V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 336 s.

⁶² A proposito del sempre più stretto intreccio fra le tre Carte (e tra le giurisprudenze delle Corti che ne rappresentano, riprendendo una felice espressione già utilizzata per la nostra Corte costituzionale, la “viva voce”), merita di essere ricordato un filone di indagine e di riflessione poco battuto, ma che in futuro sarà probabilmente necessario sviluppare e tenere in grande considerazione: e cioè quello che guarda ai rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione, e tra Corte di giustizia e Corte EDU, non *dal punto di vista eurounitario* (secondo quanto, per ovvie ragioni, è soprattutto avvenuto, approfondendo sotto molti profili la questione dell’influenza della CEDU, e della giurisprudenza di Strasburgo, sui contenuti della Carta, sulla sua interpretazione, e in genere sulla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; e, semmai, ragionando sulle conseguenze che, su tutto ciò, potrebbe avere l’adesione dell’UE alla CEDU), bensì dal punto di vista opposto, cioè *dal punto di vista del sistema CEDU*, e dunque *della giurisprudenza della Corte di Strasburgo*.

In questo senso, appare per esempio di notevole interesse – specie in vista delle future, prevedibilmente sempre più frequenti, “triangolazioni” che potranno aversi tra Corti nazionali e Corti europee – il contributo di P. COSTANZO, [L’uso fatto della Carta dei diritti dell’Unione nella giurisprudenza della Corte EDU](#), in questa [Rivista, Studi 2016/I](#), 10; così come risulta ancor più significativo, proprio in questa prospettiva di riflessione allargata, il contributo dello stesso P. COSTANZO, insieme a L. TRUCCO, su [Il principio del “ne bis in idem” nello spazio giuridico nazionale ed europeo](#), in questa [Rivista, Studi 2015/III](#), 851, ove si mettono in evidenza e/o si offrono notevoli elementi per poter cogliere, concentrandosi su un terreno specifico e concreto, le complesse dinamiche (in specie, potrebbe dirsi, le variegate forme

sovrapposizione o comunque convergenza (potrebbe dirsi di ‘coassialità’, rifacendosi a una illuminante teorizzazione di Roberto Bin⁶³), bensì, in qualche modo, di concorrenza e almeno apparente divergenza⁶⁴, ponendosi in questi casi difficili problemi che potrebbero volendo definirsi, almeno in prima battuta e per intendersi, di ‘bilanciamento di bilanciamenti’^{65,66}.

Tutte queste riflessioni formulate a seguito della – e con riferimento alla – [sentenza n. 269/2017](#) si sono volute riportare per una ragione ben specifica, e cioè che il quadro in esse prospettato in termini meramente propositivi sembra ora coincidere pressoché in pieno con quello che parrebbe essersi delineato nella giurisprudenza costituzionale alla luce e in virtù di alcune importanti affermazioni contenute in due già citate sentenze del 2019, la [n. 20](#) e la [n. 63](#).

In particolare, attraverso tali due sentenze la Corte costituzionale sembrerebbe aver smussato uno dei profili più spigolosi e problematici della [sentenza n. 269](#) – quello connesso all’apparente (ed in effetti affermato inizialmente come tale) *obbligo* di rivolgersi ad essa in *tutti* i casi in cui si sospetti una congiunta violazione della Carta e della Costituzione – e, per altro verso, ha (o almeno sembra: in parte in termini netti, in altra parte in termini non ancora del tutto univoci e stringenti, ma già piuttosto indicativi) aver chiarito in senso conciliante un’altra fondamentale questione, e cioè quella relativa alla perdurante possibilità che il giudice comune si rivolga alla Corte di giustizia *per qualsiasi motivo ed in qualsiasi momento*: laddove, in un primo tempo, tale questione era sembrata (almeno a molti commentatori della [sentenza n. 269/2017](#)) risolta in senso ben differente e molto più restrittivo (anche a causa di quel sibillino “per altri motivi” inserito in un importante passaggio della [sent. 269/2017](#): v. oltre).

Quanto al primo aspetto (*obbligo* o *facoltà* di rivolgersi alla Corte costituzionale), può notarsi che mentre nella [sentenza n. 269/2017](#) il giudice delle leggi aveva affermato che “le violazioni dei diritti della persona postulano la *necessità* di un intervento *erga omnes* di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentratore di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale”, giungendo alla conclusione “che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, *debba* essere sollevata la questione di legittimità costituzionale”, nella [sentenza n. 20/2019](#) i citati passaggi sono richiamati con una piccola, ma (sembrerebbe) fondamentale modifica: ivi infatti la Corte ricorda di aver “concluso che in tali casi – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale [...] – va preservata *l’opportunità* di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentratore di legittimità costituzionale a fondamento dell’architettura costituzionale”; inoltre, in un altro passaggio (non soltanto ma anche sotto questo aspetto) molto significativo della stessa sentenza, la Corte afferma che “[l]a ‘prima parola’ che questa Corte, *per volontà esplicita del giudice a quo*, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa

di influenza o comunque di relazione: diretta o indiretta; immediata o di lungo periodo; autoritativa o persuasiva; sotto forma di azione, di reazione o al limite di resistenza) riscontrabili, per così dire, *su tutti i lati del triangolo*; e, per ciascun lato, *in entrambi i versi*.

⁶³ Cfr. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, Franco Angeli, 2018.

⁶⁴ Cfr. in proposito, ad esempio, le ipotesi teoriche messe a fuoco già tempo addietro da A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive* (Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su Corte costituzionale e sistema istituzionale, Pisa 4-5 giugno 2010), al sito telematico www.cde.unict.it, 2010.

⁶⁵ È questa l’espressione che si era utilizzata, commentando le sentenze gemelle, con riguardo a quelle situazioni che avrebbero imposto, in sostanza, un “confronto tra una soluzione propugnata dalla Corte di Strasburgo ed una diversa e incompatibile soluzione propugnata [nella propria precedente giurisprudenza] dalla Corte costituzionale (soluzioni, l’una e l’altra, a loro volta in linea di massima espressioni di già effettuati bilanciamenti tra diritti, principi, valori o interesse concorrenti: perciò ‘bilanciamento di bilanciamenti’)”; confronto/bilanciamento nell’ambito del quale, si aggiungeva, “dovrebbe probabilmente inserirsi anche, sul ‘piatto’ della soluzione di Strasburgo, il *valore (costituzionale) dell’apertura al diritto internazionale (e forse, in modo speciale, all’integrazione europea), tanto più con riguardo alle tematiche dei diritti fondamentali*” (così in V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali* (a commento delle [sentenze della Corte costituzionale n. 348](#) e [n. 349 del 2007](#)), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, V, 3579-3591).

⁶⁶ V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU*, cit., 349 ss.

censurata è pertanto più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco”; e similmente, ma in termini forse ancor più espliciti, nella [sent. n. 63/2019](#) la Corte, dopo aver ribadito la sussistenza del “potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE” (v. oltre), afferma che, “[l]addove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall’ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione”.

Quanto al secondo aspetto (quello relativo ai residui poteri del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Carta), si rinvia per esigenze sistematiche a quanto si dirà poco oltre in riferimento alla “casella” E3, specificamente dedicata, per l’appunto, al rinvio pregiudiziale per finalità interpretative della Carta (e, indirettamente, di valutazione della compatibilità con essa, e quindi della applicabilità, del diritto interno).

Quanto poi alla questione dell’individuazione di quelle situazione la cui particolare complessità e delicatezza costituzionale renderebbe il ricorso al sindacato accentrato svolto dal giudice delle leggi particolarmente opportuno (o, potrebbe dirsi, virtualmente necessario), sembra molto significativo quel passaggio della [sent. 20/2019](#) nel quale la Corte costituzionale ha affermato che “[l]’ammissibilità ... delle questioni sollevate, emerge anche alla luce della circostanza che la disciplina legislativa censurata ... opera ... su un terreno nel quale risultano *in connessione* – e talvolta anche *in visibile tensione* – diritti e principi fondamentali, contemporaneamente tutelati sia dalla Costituzione che dal diritto europeo, primario e derivato” (nel caso di specie, da una parte, il diritto alla riservatezza dei dati personali, quale manifestazione del diritto fondamentale all’intangibilità della sfera privata, che trova riferimenti nella Costituzione italiana e, in relazione a molteplici ambiti di disciplina, nella giurisprudenza costituzionale, incontrando al contempo specifica protezione in una serie di norme europee e convenzionali evocate dal giudice rimettente; e, dall’altra parte, “con eguale rilievo”, i principi di pubblicità e trasparenza: principi ricollegabili al principio democratico *ex art. 1 Cost.* e a quello di buon funzionamento dell’amministrazione *ex art. 97 Cost.*, e che tendono ormai a manifestarsi, nella loro declinazione soggettiva, nella forma di un diritto dei cittadini ad accedere ai dati in possesso della pubblica amministrazione, sia nella legislazione interna sia nel diritto europeo, *ex art. 15, par. 3, primo comma, TFUE* e *art. 42 CDFUE*).

Tale passaggio argomentativo assume ancor maggiore significato se letto in relazione a quegli altri passaggi della medesima decisione in cui si ricorda come il giudice *a quo*, pur mostrandosi pienamente consapevole del fatto che la Corte di giustizia avesse ritenuto le norme europee pertinenti nel giudizio *direttamente applicabili*, fosse giunto tuttavia a escludere che le disposizioni interne contestate fossero suscettibili di essere *disapplicate* per contrasto con le normative europee in quanto in realtà non sarebbe stata individuabile una “disciplina *self-executing* di tale matrice *direttamente applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio*”. A tale conclusione il rimettente arrivava sulla base di un duplice rilievo, per noi particolarmente illuminante: per un verso, ricordava che Corte di giustizia aveva sì ritenuto, a seguito di rinvio pregiudiziale, che le invocate norme europee fossero direttamente applicabili, ma aveva “*devoluto al giudice nazionale la valutazione sul corretto bilanciamento tra i due diritti potenzialmente confliggenti*” (e si noti che, come è stato autorevolmente ricordato, quando la Corte di giustizia afferma, in via generale, che spetta al giudice nazionale applicare al caso concreto i principi da essa affermati, il riferimento è da intendersi a *tutti* i giudici nazionali, incluse le *Corti costituzionali* che si inseriscono nel dialogo in base agli schemi e alle logiche proprie delle rispettive Costituzioni⁶⁷); per l’altro, si esprimeva nel senso “che la valutazione sul bilanciamento in parola *non po[tesse] che spettare a questa Corte*” (cioè alla Corte costituzionale,

⁶⁷ Cfr. L.S. ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in [Federalismi.it](#), 1° agosto 2018.

la quale, per parte sua, riferendosi presumibilmente proprio a questa considerazione del rimettente o comunque agli elementi fattuali alla base di essa, affermava testualmente, poco più avanti, che “[n]on erra, pertanto, il giudice *a quo* quando segnala la peculiarità dell’esame cui deve essere soggetta la disciplina legislativa che egli si trova ad applicare, e quando sottolinea che tale esame va condotto dalla Corte costituzionale”).

Evidente, ci pare, la consonanza di un simile approccio con le riflessioni prima svolte in linea teorica, laddove – ferma la generale libertà, o meglio discrezionalità, del giudice comune nel decidere come agire (scegliendo, in breve, tra le seguenti opzioni: disapplicare direttamente, rivolgersi alla Corte costituzionale, rivolgersi alla Corte di giustizia) nei casi di lamentata violazione di diritti e principi fondamentali di matrice anche eurounitaria – si osservava come tra le ipotesi di maggiore delicatezza e complessità costituzionale, che dovrebbero indurre a privilegiare (almeno *in prima battuta*) la strada del giudizio presso la Consulta, dovrebbero inserirsi anzitutto quelle in cui si pongano problemi di *bilanciamento* tra più diritti e principi fondamentali variamente tutelati (e magari, appunto, variamente bilanciati) nelle diverse fonti e nelle diverse giurisprudenze⁶⁸.

10. (E) *Il rinvio pregiudiziale*

(E2) Mentre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai fini dell’interpretazione della CEDU in quanto tale è certamente da escludere almeno fino ad avvenuta adesione dell’UE alla CEDU⁶⁹, occorre tenere a mente che, in linea di principio, sarebbe invece allo stato attuale ammissibile un rinvio al giudice eurounitario ai fini dell’interpretazione dei “principi generali” ricavati dalla Convenzione (e dalle tradizionali costituzionali comuni) ai sensi dell’art. 6, par. 3 del TUE⁷⁰. È

⁶⁸ Più esplicitamente, la “forte opportunità” (o, come si diceva, la virtuale necessità) del coinvolgimento della Corte costituzionale si dovrebbe riconoscere tanto nel caso in cui due o più diritti e/o principi fondamentali da bilanciare trovino *similmente* fondamento in più fonti, in termini grossomodo *convergenti*, quanto (a maggior ragione, verrebbe da dire) nel caso in cui essi trovino *diversamente* fondamento nelle varie fonti, in termini più o meno marcatamente *divergenti*.

Appena il caso di aggiungere che nell’ipotesi (invero per nulla remota, su questo terreno) in cui venissero addirittura in rilievo i c.d. controlimiti l’intervento della Corte costituzionale dovrebbe ritenersi, per tradizionale e costante giurisprudenza di tale Corte, non più solo (come qui si è voluto dire con riguardo ad alcune delle nuove ipotesi di coinvolgimento del giudice delle leggi) “fortemente opportuno” o “virtualmente” necessario, ma *propriamente e strettamente* necessario (ovvero *obbligatorio*, e – stavolta sì – probabilmente “rivendicabile”, a tutela generale dell’ordinamento oltre e più che dei propri poteri, anche attraverso il rimedio del conflitto di attribuzioni promosso dalla stessa Consulta).

⁶⁹ E non è nemmeno del tutto scontato che, ad adesione avvenuta, le cose cambierebbero sotto questo profilo.

In ogni caso, la questione è al momento di ridotto interesse pratico in quanto, come è noto, la Corte di giustizia, con il [parere 2/2013 del 18 dicembre 2014](#) (invero discutibile in molte sue parti), ha bocciato il progetto di accordo di adesione; e, per gli argomenti addotti, ha reso molto più difficile (c’è chi dice addirittura di fatto “impossibile”, sebbene un simile esito sarebbe chiaramente in contrasto con l’esplicita previsione contenuta nell’art. 6, par. 2, TUE, secondo cui “L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”) la negoziazione e la conclusione di un nuovo accordo di adesione.

Per una trattazione piuttosto recente della questione dell’adesione dell’UE alla CEDU si può rinviare a A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 347 ss.

Sul [parere 2/2013](#) della Corte di giustizia e sui problemi connessi cfr., tra i tanti, J.P. JACQUÉ, *Non à l’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme?*, in *Droit de l’Union européenne*, 2014; S. PEERS, *The EU’s Accession to the ECHR: The Dream Becomes a Nightmare*, in *German Law Journal*, 1/2015, 213 ss.; L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull’adesione dell’UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, al sito telematico [S.I.D.I.](#); V. ZAGREBELSKY, *L’UE e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di giustizia*, *ibidem* (nonché in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1/2015); B. CONFORTI, *L’adhésion de l’Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l’Homme*, *ibidem*; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell’Unione Europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 1/2015, 129-157; A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell’euro e crisi del processo di adesione dell’UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 gennaio 2015.

⁷⁰ Come è noto, nell’articolo 6 del Trattato sull’Unione europea come modificato ad opera del Trattato di Lisbona, oltre a riconoscersi al paragrafo 1 “i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati” e a

evidente, tuttavia, che a seguito dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali tale possibilità risulta di molto minor interesse rispetto al passato.

(E3) Pur dopo la “svolta accentratrice” determinata dalla [sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017](#), continua invece ad essere uno strumento preziosissimo, nell'ambito dei giudizi “comuni”, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia vuoi a fini di interpretazione di norme della Carta (o di altre norme di diritto eurounitario espressive o comunque funzionali alla tutela di diritti e principi fondamentali) in vista della valutazione di compatibilità con esse della disciplina interna (teoricamente) applicabile nel giudizio, vuoi direttamente a fini di espressa valutazione della conformità alla Carta (o ad altre norme europee primarie) di una norma di diritto eurounitario derivato.

Si è già ricordato come i termini ed i tempi entro cui tale rodato meccanismo avrebbe potuto continuare ad operare dopo la citata sentenza non fossero ben chiari alla luce di essa; e come anzi, ad avviso di molti commentatori, la soluzione accolta dalla Corte sarebbe stata una soluzione molto restrittiva, secondo cui l'ambiguo inciso “fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione” avrebbe dovuto essere letto nel senso che tale ricorso avrebbe potuto essere effettuato (a) *dalla stessa Corte costituzionale*, nell'ambito del giudizio instaurato innanzi ad essa a ai fini della miglior conclusione del medesimo; (b) *dal giudice comune*, “*al termine* del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi”; (c) *dal giudice comune, parallelamente* al giudizio di costituzionalità, ammesso di ritenere accettabile in astratto e giustificata in concreto tale soluzione; *non*, invece, dal giudice comune *prima del*, e *in alternativa al*, giudizio di costituzionalità (giudizio la cui imprescindibilità, nelle situazione considerate, sembrava in effetti affermata in termini apparentemente chiari e almeno per il momento “assoluti” dalla Corte).

prevedersi al paragrafo 2, come si è ricordato, l'adesione dell'Unione alla CEDU, si è mantenuta (apportando anzi un significativo ritocco: v. poco oltre), nell'attuale paragrafo 3, la risalente previsione – con la quale il Trattato di Maastricht aveva in qualche modo “ratificato” l'importante e per certi versi “rivoluzionaria” elaborazione giurisprudenziale sviluppata dalla Corte di Giustizia nei decenni precedenti – secondo cui “[i] diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Sulla riformulazione dell'art. 6 del TUE per effetto del Trattato di Lisbona e su una serie di questioni connesse cfr., volendo, O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2008, 101-124, ove tra l'altro si evidenzia come mentre nel precedente testo dell'art. 6 al par. 2 si affermasse semplicemente che l'Unione “rispetta” i diritti garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, nella versione riformulata (quella appunto contenuta nell'attuale paragrafo 3) si sia voluto affermare che tali diritti “fanno parte del diritto dell'Unione” (sempre “in quanto principi generali”, peraltro).

Come si era a suo tempo ricordato, il mantenimento di una simile previsione pur a fronte del riconoscimento di pieno valore giuridico alla Carta di Nizza era stato oggetto di alcune perplessità e obiezioni in seno al Gruppo di lavoro che, nell'ambito della seconda Convenzione (la c.d. “Convenzione Giscard”), si era occupato della questione in vista della redazione del progetto, poi naufragato, di Costituzione europea: nel documento conclusivo prodotto da tale gruppo di lavoro (Relazione finale del Gruppo II, CONV 354/02, 9) si affermava infatti che “un riferimento del genere sarebbe superfluo e creerebbe confusione giuridica, dato che la Carta prevede già dei diritti derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e fa riferimento a tali fonti”. D'altra parte, come pure si era considerato all'epoca, “[u]na simile obiezione, posta in questi termini, sembra [...] contenere già in sé un elemento di debolezza, in relazione appunto al fatto che la Carta prevede (solo) *alcuni* dei diritti presenti nella CEDU e nelle tradizioni costituzionali comuni. La disposizione, dunque, può essere vista come una sorta di norma di chiusura che, come altri membri del Gruppo II avevano osservato, ‘potrebbe servire’, da un lato, ‘a rendere più *completa* la tutela offerta dalla Carta [*rectius*: dai trattati]’ e dall'altro anche ‘a chiarire che il diritto dell'Unione è aperto a *futuri sviluppi* della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo” (O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, cit., 119).

Per alcune più ampie considerazioni sulla genesi, sul valore e sul ruolo (anche in “combinato disposto” con altre disposizioni dei Trattati) della disposizione di cui all'attuale paragrafo 3 dell'art. 6 TUE e per una ricostruzione della precedente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ci si permette di rinviare a V. SCARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa*, cit., spec. 83 ss. e 96 ss.

Ebbene, le sentenze costituzionali [n. 20](#) e [n. 63 del 2019](#) sono tornate sulla questione dei residui poteri del giudice comune di rivolgersi alla Corte di giustizia e di procedere alla disapplicazione della normativa interna in contrasto con la Carta: e, come si è anticipato, esse sembrerebbero aver risolto tale (duplice) questione in senso molto più aperto e conciliante rispetto alla [sentenza n. 269](#) (o, almeno, rispetto ad una sua diffusa seppur controversa lettura).

In particolare la Corte, nella [sentenza n. 63/2019](#), dopo aver ricordato che ad essa “non può ritenersi precluso l’esame nel merito delle questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento sia a parametri interni, anche mediati dalla normativa interposta convenzionale, sia – per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – alle norme corrispondenti della Carta che tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti”, ha ribadito che resta “fermo [...] il potere del giudice comune di *procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale* alla Corte di giustizia UE, *anche* dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di *non applicare*, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta”⁷¹.

E già nella sentenza n. [20/2019](#), appena dopo il passaggio in cui la Corte affermava che “[l]a ‘prima parola’ che [essa], per volontà esplicita del giudice a quo, si accinge a pronunciare sulla disciplina legislativa censurata è [...] più che giustificata dal rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco”, poteva leggersi la seguente, importante precisazione: “Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell’Unione europea, sulla medesima disciplina, *qualsiasi* questione pregiudiziale *a loro avviso necessaria*. In generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera, del resto, un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, *per definizione, esclude ogni preclusione*”.

Laddove invece, come si è ricordato, la [sentenza n. 269](#) – oltre a suscitare in molti commentatori dubbi (o addirittura certezze negative) circa la possibilità di rivolgersi alla Corte di giustizia *prima, contestualmente o in pendenza* del giudizio di costituzionalità – sembrava limitare la stessa possibilità di (interpellare il giudice europeo e/o di) procedere alla disapplicazione di una disposizione legislativa sottoposta (doverosamente, per le ragioni anzidette) al vaglio del giudice delle leggi alla sola ipotesi in cui tale disposizione, superato indenne il controllo “interno” di costituzionalità, fosse comunque ritenuta, al termine del giudizio innanzi alla Consulta, “contraria al diritto dell’Unione”... “*per altri profili*”.

Alla luce dei recenti, importanti chiarimenti qui richiamati, dunque, sembra potersi ribadire l’importanza, anche nel quadro attuale, della (perdurante) possibilità di sollevare (dal punto di vista dell’avvocato: di chiedere al giudice di rivolgere) questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, nei casi in cui questa, tutto considerato, appaia la strada più corretta e proficua ai fini della miglior tutela e attuazione dei diritti e principi fondamentali rilevanti nell’ambito del giudizio.

11. (F) *La richiesta di parere consultivo*

(F2) Un ulteriore strumento utilizzabile ai fini della miglior tutela dei diritti previsti dalla CEDU nell’ambito dei giudizi interni è (o meglio, quanto all’Italia, potrà essere) rappresentato dalla richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo ai sensi del protocollo n. 16, entrato in vigore a livello internazionale⁷² il 1° agosto 2018.

⁷¹ ...e in effetti, come è stato osservato, “il riferimento al potere del giudice comune di procedere al rinvio alla Corte di Giustizia (e alla successiva eventuale disapplicazione della norma interna) ‘anche dopo’ il giudizio incidentale di legittimità costituzionale [...] presuppone [o almeno sembra presupporre, secondo la lettura più immediata e lineare] che tale strada sia percorribile *anche prima* di tale giudizio (e quindi indipendentemente da esso)” (così M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 aprile 2019, corsivi originali); alla stessa conclusione era giunto, *de plano*, anche A. RUGGERI, [I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo](#), in questa [Rivista, Studi 2019/I](#), 169-170.

⁷² Ma non ancora, come si accennava, per l’Italia, almeno nel momento in cui si scrive.

Tale protocollo introduce un meccanismo, del tutto inedito nel sistema della CEDU⁷³ (e solo in certa misura ispirato al meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione), secondo il quale le più alte giurisdizioni degli Stati membri potranno presentare, diciamo in via "incidentale", comunemente "nell'ambito delle cause pendenti dinanzi ad esse"⁷⁴, delle richieste di pareri consultivi alla Corte europea su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti previsti nella CEDU e nei suoi protocolli addizionali, motivando tale richiesta nonché (e il dato pare indicativo pensando ad esempio al rapporto tra giudici comuni e Corte costituzionale) producendo tutti gli elementi pertinenti relativi al contesto giuridico e fattuale della causa pendente.

Il tutto allo scopo dichiarato di permettere alla Corte di Strasburgo "di interagire maggiormente con le autorità nazionali, di modo tale da consolidare l'attuazione della Convenzione secondo il principio di sussidiarietà": principio secondo cui, per usare le parole destinate ad essere inserite nel Preambolo della CEDU per effetto del protocollo 15⁷⁵, "spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti" – e quindi, in larga parte, alle relative magistrature – "garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella [...] Convenzione e nei suoi protocolli".

Anche a questo proposito, sembra evidente in prospettiva l'importanza indiretta del ruolo propositivo degli avvocati, dalla cui iniziativa si può presumere che dipenderà, almeno in moltissimi casi, l'utilizzo del nuovo strumento.

I dieci Paesi che per primi hanno depositato gli strumenti di ratifica, consentendo al protocollo di entrare in vigore per essi, sono invece: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. A questi si sono aggiunti, nei primi mesi del 2019, Paesi Bassi e Grecia.

⁷³ Può ricordarsi come l'opportunità di una "pregiudiziale umanitaria" (per riprendere un'espressione utilizzata tempo addietro da Mario Chiavario), ossia di una sorta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Strasburgo a fini interpretativi della Convenzione (e, per certi versi, della propria precedente giurisprudenza), fosse stata segnalata in dottrina da tempo.

Anche chi scrive nel 2008 aveva avuto modo di notare come "[s]i tratt[erebbe] di uno strumento [...] che tanto più avrebbe senso quanto più si dovesse fare strada negli ordinamenti interni, alla stregua di quanto avvenuto in Italia, un vincolo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte europea, con conseguente esigenza di chiarire, al di là delle apparenze, quali siano le effettive acquisizioni di merito e l'effettiva "portata" vincolante di tale giurisprudenza, la cui 'coerenza' ed 'unitarietà' [...] appare almeno in prima battuta ostacolata, oltre che dalla struttura e dal funzionamento interno della Corte da una parte e dalla grande diversità dei contesti nazionali sullo sfondo delle decisioni dall'altra (specie in relazione alla dottrina del margine di apprezzamento), dalla stessa varietà dei casi e, per così dire, dei 'punti di vista' di volta in volta adottati per contingenti ragioni processuali" (cfr. V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti*, cit., 362-363).

Quanto alle radici "ufficiali" della proposta, si può invece ricordare che, in ambiente istituzionale, l'idea di introdurre nel sistema della CEDU (non un vero e proprio rinvio pregiudiziale sul modello comunitario, ma comunemente) "a system under which the national courts could apply to the Court for advisory opinions on legal questions relating to interpretation of the Convention and the protocols thereto" era stata avanzata nel "Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers" presentato il 15 novembre 2006 e reperibile sul sito www.echr.coe.int (dove è pure pubblicata la "Opinion of the Court on the Wise Persons' Report" adottata dalla Corte in assemblea plenaria il 2 Aprile 2007).

⁷⁴ Su questo specifico aspetto, e non solo, v. le riflessioni svolte da O. POLLICINO in *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 aprile 2014, nonché in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014 e – insieme a una serie di altri importanti contributi – in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.

Sul protocollo 16 v. inoltre, tra gli altri, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014, spec. 32 ss.; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 3/2014; ID., *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in questa *Rivista*, Studi 2015/I, spec. 61-65; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 8 luglio 2014; R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in questa *Rivista*, Studi 2014 (18.05.14) e in *Europeanrights.eu*, 2014.

⁷⁵ Non ancora entrato in vigore, essendo in questo caso necessario il deposito delle ratifiche da parte di tutti gli Stati membri (al momento in cui si scrive mancano due sole ratifiche, tra cui quella italiana).

12. (G) *Il ricorso diretto*

(G2) In aggiunta a tutti i rimedi, strumenti, metodi e meccanismi finora richiamati non si può ovviamente non richiamare, in conclusione, la possibilità – in linea teorica puramente residuale – di ricorso diretto alla Corte di Strasburgo.

È noto come uno dei presupposti perché il ricorso sia ammissibile è rappresentato dal previo esaurimento dei rimedi interni. Solo in casi particolari (e per ragioni molto significative: v. subito oltre) la Corte europea ha ritenuto di poter derogare a questa regola, ammettendo ricorsi che, secondo una rigida applicazione di essa, avrebbero dovuto essere bloccati. In questo senso, interessante appare soprattutto quella giurisprudenza della Corte EDU che, in termini sostanzialmente sanzionatori⁷⁶, afferma la possibilità di rivolgersi direttamente ad essa – in deroga alla regola suddetta – qualora sia emerso un costante discostamento dai suoi orientamenti interpretativi ad opera degli organi (anche) giudiziari nazionali, i quali, proprio per tale ragione, potranno legittimamente essere “scavalcati”⁷⁷.

Si è poi posta la questione se, a seguito della “svolta” determinata dalle sentenze gemelle del 2007, si possa o meno considerare rispettato il presupposto del previo esaurimento dei rimedi interni nel caso in cui la parte non abbia mai promosso (meglio, non abbia chiesto al giudice comune di promuovere) l’incidente di costituzionalità (vuoi in particolare per violazione dell’art. 117 primo comma in relazione alla CEDU, vuoi almeno per violazione di altra disposizione costituzionale “sostanziale” in qualche modo sovrapponibile alla corrispondente disposizione della CEDU).

Di particolare interesse, a questo proposito, sembrano la sentenza della Corte europea [Costa e Pavan c. Italia del 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10](#) e, soprattutto, quella (della Grande Camera) del [27 agosto 2015, ric. n. 46470/11, Parrillo c. Italia](#).

In quest’ultima sentenza il giudice europeo, affrontando la questione della possibilità di considerare lo svolgimento (o meglio il tentativo di svolgimento) del giudizio di costituzionalità in via incidentale come necessario ai fini dell’esaurimento dei rimedi interni e quindi dell’ammissibilità del ricorso a Strasburgo, ha sì ribadito ancora una volta ciò che aveva più volte affermato in passato, e cioè che “nell’ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale. Soltanto il giudice che determina il merito della causa ha la possibilità di rivolgersi alla Corte costituzionale, su richiesta di una parte o d’ufficio. Conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l’esaurimento ai sensi della Convenzione”; ma ha incontrato su questo punto le perplessità di cinque giudici, i quali in un’opinione concorrente “hanno rilevato che – dopo le sentenze ‘gemelle’ del 2007 che impongono al giudice ordinario, nella impossibilità di una interpretazione conforme, di rimettere la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale ai sensi dell’art. 117, comma 1, Cost. – essi sarebbero stati favorevoli a ritenere che in Italia si sarebbe realizzato un vero e proprio diritto delle parti ad ottenere il controllo di costituzionalità di una legge non in linea con la giurisprudenza di Strasburgo” (cosa che, in quest’ordine di idee, porterebbe a riconoscere un “onere” di attivarsi per ottenere tale controllo: a pena, appunto, di inammissibilità dell’eventuale successivo ricorso alla Corte europea)⁷⁸.

Allo stato attuale, ad ogni modo, la posizione della Corte EDU sembra ancora quella “tradizionale” e, per così dire, più largheggiante e permissiva: il che ovviamente non toglie che, come già si

⁷⁶ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2006, 491 ss., spec. 497.

⁷⁷ Cfr. A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell’uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, 80.

⁷⁸ Così l’efficace sintesi di R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano](#), cit., 629, ove d’altra parte si segnala anche come la nuova “svolta” contenuta nella [sentenza n. 49 del 2015](#), sulla quale ci si è brevemente soffermati in precedenza, abbia “però di nuovo allontanato tale conclusione, a causa della relativizzazione della efficacia vincolante delle pronunce della Corte Edu”: v., al riguardo, le affermazioni rinvenibili nei punti 8 e seguenti della citata opinione concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov, e le acute osservazioni svolte su tale aspetto da G. SORRENTI, [Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 \(in margine a Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo\)](#), in questa *Rivista*, *Studi 2015/III*, 818.

accennava, per qualsiasi avvocato sarebbe comunque sempre opportuno, ed in linea teorica dovrebbe risultare possibile, scongiurare la necessità del ricorso a Strasburgo facendo valere nelle sedi interne – con tutti gli strumenti a disposizione, inclusa l’eccezione di incostituzionalità – le garanzie previste (anche) dalla Convenzione e dalla copiosa giurisprudenza europea che, in qualche modo, fa corpo con essa.

13. Considerazioni finali

In conclusione, sembra di poter dire che, tanto sul piano delle fonti normative e giurisprudenziali cui attingere, quanto sul piano degli strumenti processuali a disposizione, il complessivo sistema offre oggi agli avvocati che intendano prendere sul serio il proprio ruolo di “difensori” (anzitutto) dei diritti fondamentali dei propri assistiti una pletora di opportunità in larga parte sconosciute fino a pochi o pochissimi anni addietro (e ciò vale specialmente in riferimento al rilievo, ormai centrale, delle fonti e delle giurisdizioni sovranazionali ed internazionali, con le esaminate ricadute sui poteri e sui doveri degli attori giurisdizionali interni, tra i quali in posizione cruciale – anche per il suo ruolo in più sensi “di confine” – la Corte costituzionale).

Lo schema che in queste pagine si è voluto proporre e sommariamente illustrare vorrebbe essere, se non altro, un “punto di partenza”, un modo per aumentare la consapevolezza di tutto ciò e per stimolare approfondimenti ulteriori sui molti aspetti che qui si sono appena potuti accennare o addirittura si sono dovuti trascurare.

A chiusura del tutto, sembra utile richiamare un breve stralcio di una recente sentenza della Corte di cassazione (Cassazione Sez. Un. Civili, 12 Febbraio 2019, n. 4135), che si sofferma sul ruolo dell’avvocato difensore in termini che appaiono molto efficaci e particolarmente calzanti ai nostri fini: l’avvocato – afferma il giudice di legittimità – “non è un mero consulente legale con il compito di pronosticare l’esito della lite e di informarne il cliente, né è un giudice cui spetta la decisione; egli ha *l’obbligo di proporre soluzioni favorevoli* agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di *problemi interpretativi complessi*, di *attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale*, indicando *strade interpretative nuove*, portando argomenti che facciano *dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti* e anche *della giustizia della legge*, sollevando *eccezioni di incostituzionalità* e di *contrarietà con il diritto sovranazionale*, ecc.” (corsivi aggiunti). E, a supporto di tale suggestiva, puntuale e stimolante ricostruzione, la Cassazione sottolinea come sia “significativo che l’art. 360-*bis* c.p.c., n. 1, nel prevedere l’inammissibilità del ricorso per cassazione che ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità, imponga alla Corte di cassazione di valutare se ‘l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa’, confermandosi in tal modo il ruolo attivo e propositivo dell’avvocato per la più efficace tutela degli interessi del cliente nel processo”.

“Interessi” tra i quali – ci si può limitare ad aggiungere – i *diritti fondamentali* (di qualsiasi matrice: *costituzionale, eurounitaria, convenzionale* o in genere *internazionale*) hanno ovviamente un’importanza speciale, meritando quindi un’attenzione e, per così dire, uno sforzo di protezione e uno “spirito di iniziativa” ancor maggiore di ogni altro diritto, a prescindere dal valore economico della causa e da qualsiasi altro elemento oggettivo e soggettivo ad essa inerente.