

**Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e  
Costituzione, nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in  
*G.I.E.M. e altri c. Italia\****

*Antonio Ruggeri*

L'opinione, in parte concorrente e in parte dissenziente, di P. Pinto de Albuquerque (d'ora innanzi: P.) in relazione alla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, è un'autentica *summa* della giurisprudenza convenzionale e, soprattutto, costituzionale aventi ad oggetto i non lineari e sofferti rapporti delle Carte di cui ciascuna di esse è garante, i cui svolgimenti sono passo passo ripercorsi ed accompagnati da puntuali ed incisivi rilievi. Per vero, l'attenzione è specificamente puntata proprio sulla seconda, mentre quanto alla prima, pur prendendosi per taluni aspetti da essa le distanze per ciò che attiene al caso cui l'opinione suddetta si riferisce, P. ne difende con stringenti argomenti l'impostazione e i suoi conseguenti esiti ricostruttivi (la qual cosa, peraltro, ovviamente non desta alcuna sorpresa, in considerazione dell'appartenenza di P. al collegio giudicante avente sede a Strasburgo).

P. dà qui, ancora una volta, conferma della profonda conoscenza che possiede non soltanto della giurisprudenza (costituzionale e non) del nostro Paese ma anche della dottrina, copiosamente richiamata nelle note che corredano il suo scritto, alle quali faccio dunque, per brevità, richiamo [aggiornamenti possono, poi, aversi da V. Sciarabba, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Key, Frosinone 2019, e, se si vuole, dal mio *La oscillante "forza*

---

\* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico. Lo scritto farà parte di P. Pinto de Albuquerque, *I diritti umani in una prospettiva europea. Opinioni concorrenti e dissenzienti (2015-2019)*, a cura di A. Saccucci, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020 (in corso di stampa).

normativa” della CEDU, vista dalla Consulta, in *Ord. int. dir. um.* ([www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)), 2/2020, 15 marzo 2020].

Ovviamente, il punto di partenza è dato dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, con qualche cenno alla giurisprudenza pregressa (in merito alla quale, per tutti, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, Parte I), mettendosi in evidenza la diversa impostazione rispetto ad esse adottata dalle “gemelle cresciute”, come sono state efficacemente qualificate le sentt. nn. 311 e 317 del 2009, nelle quali ultime in particolare si registrerebbe una svolta significativa rispetto al passato, dal momento che la Consulta – a dire di P. (§ 9) – riconoscerebbe finalmente in esse, in buona sostanza, la parità di condizione della Convenzione e della Costituzione col fatto stesso di assumere quale criterio di risoluzione delle antinomie tra norme interne e CEDU il principio della massimizzazione della tutela dei diritti in gioco.

In realtà, per un verso, uno spunto, seppur meramente accennato, orientato in senso assiologico-sostanziale si rinviene già nella sent. 348 del 2007, specificamente laddove (punto 4.7 del *cons. in dir.*) si rileva che la regola della soggezione delle leggi nazionali agli obblighi internazionali, imposta ora in via generale dall’art. 117, I c., quale novellato nel 2001, va composta in un “ragionevole equilibrio” con la “tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”; la qual cosa – come si è fatto notare già in sede di primo commento delle pronunzie in parola [nel mio *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quad. cost.* ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it))] – spiana la via ad esiti imprevedibili dei conflitti internormativi. Per un altro verso, poi, l’impianto formale- astratto, con l’ordine piramidale delle fonti ad esso conseguente, non è stato rinnegato allora ed anche in seguito non è mai stato messo per intero da canto (e dubito, ad esser franco, che lo sarà, quanto meno a breve).

Il pensiero della Corte, insomma, a me pare essere internamente sofferto e, a dirla tutta, anche vistosamente oscillante. D’altronde, la subordinazione della Convenzione alla Costituzione s’inscrive pienamente in un quadro teorico-ricostruttivo che vede la prima

comunque bisognosa di tenersi dalla seconda al fine di potersi fare valere in ambito interno, in applicazione dello schema usuale della fonte interposta; e non è inopportuno precisare che la sussunzione a parametro delle fonti dotate di “copertura” costituzionale in virtù del richiamo fattovi nella Carta non per ciò comporta la parità della loro condizione nei riguardi di quest’ultima, tant’è che resta pur sempre ferma la eventualità della loro soggezione a sindacato di costituzionalità a motivo del loro carattere comunque “subcostituzionale”. Per questo verso (ma solo per questo), non diversa è la prospettiva adottata dalla Consulta sul versante dei rapporti tra Costituzione e Carta dell’Unione, pur assegnandosi – come si sa – a quest’ultima un “posto” maggiormente elevato nella scala delle fonti, al pari peraltro di ciò che si ha per il diritto eurounitario in genere, cui è riconosciuta forza “paracostituzionale”, restando ad ogni buon conto soggetto alla osservanza dei c.d. “controlimiti” (su di che, per tutti, S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018).

Nella sua ampia ed accurata disamina P. dà particolare evidenza soprattutto a tre punti, peraltro da tempo dalla giurisprudenza convenzionale in modo fermo fissati: 1) quello per cui se, da un canto, la prima parola (in ordine temporale) circa la interpretazione della Convenzione non può che spettare ai giudici ed in genere alle autorità nazionali, l’ultima e risolutiva è però, e non può che essere, della Corte europea; 2) l’altro, dal primo linearmente discendente, per cui le interpretazioni somministrate dalla Corte stessa hanno pur sempre efficacia generale, anche se la cosa giudicata si produce unicamente per le parti di causa; 3) infine, il particolare rilievo che – come si accennava poc’anzi – è da assegnare al principio della massimizzazione della tutela dei diritti al piano dei rapporti tra Convenzione e Costituzione nazionale (e, in genere, diritto interno).

È su di essi che è fatta solidamente poggiare la critica specificamente indirizzata nei riguardi del punto di diritto enunciato in Corte cost. n. 49 del 2015, su cui P. indugia a lungo e con dovizia di argomenti, ben consapevole del fatto che il criterio usualmente definito dell’indirizzo “consolidato”, in tale pronuncia adottato e da P. impietosamente qualificato come “inquietante” (§ 43), può scardinare

in ogni tempo il primato del diritto convenzionale sul diritto interno, con imprevedibili esiti e, non di rado, grave pregiudizio per i diritti riconosciuti dalla Convenzione. P. mette in chiaro che si tratta di un naturale sviluppo del criterio della “sostanza” da tempo presente nella giurisprudenza costituzionale, che porta ad una sorta di “filtraggio” in seno alla giurisprudenza convenzionale, con il conseguente scarto di pronunzie non componenti gli indirizzi suddetti ovvero non aventi carattere “pilota”, alle prime assimilate a motivo del loro carattere seriale (su ciò, i puntuali rilievi di V. Sciarabba, *op. cit.*, cap. VII). Può, poi, aggiungersi che il “consolidamento” interpretativo – se così vogliamo chiamarlo – non è estraneo alle esperienze della giustizia costituzionale, anche in ambiti materiali distanti da quello sul quale si ambientano e radicano le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte europea (e, per ciò stesso, è stato, ed è, utilizzato a finalità ed in vista del conseguimento di equilibri istituzionali parimenti diversi). Penso, ad es., al “diritto vivente”, quale affermatosi nelle aule in cui si amministra la giustizia comune, come limite posto dalla Consulta a se stessa in ordine alla eventuale reinterpretazione dei testi di legge, e giustificato in funzione del superamento di antichi conflitti con l’ordine giudiziario attraverso quello che è stato da molti considerato un onorevole compromesso. Un limite, peraltro, fatto oggetto di una raffinata elaborazione teorica (part., A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”. Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano 1994) e, tuttavia, dalla stessa Consulta giudicato non stringente e non di rado obbligato a cedere davanti a tecniche interpretative (quale quella dell’interpretazione conforme) maggiormente pressanti e conducenti, nel singolo caso, ad un’ottimale salvaguardia della Costituzione. La qual cosa, poi, per la sua parte, conferma che l’assetto dei rapporti tra le istituzioni (e, di riflesso, le fonti) può continuamente cambiare (ed effettivamente cambia) a seconda delle prospettive dalle quali il medesimo oggetto è riguardato e delle tecniche decisorie allo scopo messe in campo, portatrici di istanze esse pure mutevoli in ragione del complessivo modo di essere di ciascun caso; e conferma che lo spinoso interrogativo che già i Romani, con la loro innata e pragmatica sapienza giuridica, si ponevano su *quis interpretabitur* e che Giovenale nella sua VI Satira efficacemente esprimeva nella formula inquietante *quis custodiet ipsos custodes* è pur sempre destinato a ripresentarsi nel tempo.

Del criterio del “consolidamento”, ad ogni buon conto, può anche darsi (come s’è data) una lettura *in bonam partem*, assumendo che sia stato pensato allo specifico fine di dar modo ai giudici comuni (e, naturalmente, alla stessa Corte costituzionale...) di non tenere conto di una norma convenzionale che potrebbe risultare non conforme (o, comunque, compatibile) rispetto alla Costituzione, sì da non dover azionare il meccanismo idoneo a portare alla sua eventuale caducazione in quanto recepita dalla legge che ha dato esecuzione alla CEDU. Potrebbe, tuttavia, anche darsene una *in malam partem*, dal momento che si offre pur sempre l’opportunità agli operatori di diritto interno di smarcarsi dal *pressing* di pronunzie del giudice europeo a vario titolo giudicate non confacenti al caso o, diciamo pure, sgradite.

Come che stiano al riguardo le cose, ciò che si fatica a capire (o, a dirla tutta, non si capisce affatto) è, per un verso, come possa la *medesima* norma di produzione giurisprudenziale risultare dapprima non vincolante ed esserlo invece in seguito, man mano che si riaffaccia nella pratica giuridica, con un meccanismo che – come si vede – evoca quello proprio della formazione del diritto consuetudinario. Una norma dunque – potrebbe dirsi – vincolante *col senno di poi* [così, in buona sostanza, già A. Randazzo, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ord. int. dir. um.* ([www.rivistaoidu.net](http://www.rivistaoidu.net)), 1/2019, 15 marzo 2019, 86 ss., spec. 93] e che, una volta che lo sia divenuta davvero, dovrebbe portare – questa la sua lineare ed ineludibile conseguenza – a delegittimare *ex post* l’operato dei giudici che vi si siano discostati, magari – perché no? – conducendo all’esito del superamento del giudicato dapprima formatosi, secondo uno schema dalla stessa giurisprudenza ammesso sia per la materia penale (sent. n. 113 del 2011) che per quella civile ed amministrativa (sent. n. 123 del 2017).

Per un altro verso, poi, non è affatto chiaro quale sia il fondamento teorico-positivo del criterio in parola, suscettibile di convertire in modo imprevedibile la *forza prescrittiva* della Convenzione, nel suo farsi “diritto vivente” (anche se solo in potenza o *in fieri*) in una meramente *persuasiva*, diversamente di ciò che si ha sul versante dei rapporti con la giurisprudenza eurounitaria. Né – come si è altrove osservato – può darsi rilievo alcuno alla circostanza per cui la

Carta dell'Unione (e, in genere, il diritto di quest'ultima) ha rango "paracostituzionale", a differenza dalla CEDU, qualificata – si diceva – come fonte meramente "subcostituzionale". E ciò, per la ragione di tutta evidenza per cui, ammesso pure (ma non concesso) che possano farsi graduatorie tra documenti tutti parimenti e "tipicamente" (o, per dir meglio, *materialmente*) costituzionali – per riprendere la qualifica datane dalla pur discussa, e discutibile, sent. n. 269 del 2017 –, si è pur sempre in presenza di fonti del diritto, bisognose di essere intese e fatte valere così come le intende la Corte istituita al fine di assicurarne la uniforme e corretta osservanza.

Per quest'aspetto, pur presentandosi l'opinione di P. come parzialmente dissenziente nei riguardi della pronunzia della Grande Camera cui si riferisce, a quest'ultima offre sicuro e saldo puntello, rilevando come *G.I.E.M. e altri c. Italia* si ponga in diretta e chiara confutazione della presa di posizione assunta dalla Consulta con la 49 del 2015.

P. rammenta gli indici esteriori adottati in quest'ultima decisione al fine di stabilire se una pronunzia possa, o no, dirsi espressiva d'indirizzo "consolidato", evidenziandone le contraddizioni interne e gli inconvenienti gravi che potrebbero aversene nelle pratiche giuridiche in cui si faccia questione della loro applicazione. Non si sofferma invece in modo mirato su altri criteri o tecniche di giudizio, quale quella dietro accennata della interpretazione conforme (cui pure fa richiamo qua e là), che pure potrebbe in non pochi casi giovare a prevenire sul nascere antinomie altrimenti problematicamente risolvibili. Né spende parola alcuna a riguardo del fatto che le norme convenzionali, in quanto sostanzialmente coincidenti con norme internazionali generalmente riconosciute ovvero con norme eurounitarie, possano esprimere una forza sostanzialmente costituzionale e, con specifico riguardo alla seconda eventualità, essere portate ad immediata applicazione, così come usualmente si fa per le norme dell'Unione *self-executing*, o, meglio, si faceva fino alla 269 del 2017 che – come si sa – ha derogato a questo impianto con riferimento ai casi di antinomia tra norme interne e norme della Carta di Nizza-Strasburgo (e, dopo la 20 del 2019, anche norme di diritto derivato alle prime comunque "connesse"). Ed è interessante notare come già nella giurisprudenza del 2007 (e, segnatamente, nella sent. n. 349) non mancasse un cenno alla

eventualità che in seno alla Convenzione si abbia riscontro della presenza di norme non scritte della Comunità internazionale, a conferma del fatto che la forza normativa e il regime complessivo non sono già da riportare – come invece comunemente si pensa – alla forma degli *atti* bensì alla loro sostanza, alle *norme* appunto, e che uno stesso documento normativo (qui la CEDU) può esibire norme dalla natura (e, di conseguenza, dalla efficacia) diverse, il sistema pertanto risultando composto – come mi affanno a dire ormai da molti anni – non già dalle *fonti ut sic* ma dalle loro *norme*, per il modo con cui di volta in volta si pongono davanti al “fatto” oggetto della loro regolazione e, soprattutto, ai valori, essi pure visti nel loro fare “sistema”.

Soccorre a questo riguardo il principio o – piace a me dire – il “*metaprincipio*” della massimizzazione della tutela (così qualificato proprio per il suo porsi a fondamento della composizione dei principi in sistema): un “*metaprincipio*” la cui esistenza è, tuttavia, revocata in dubbio da un’accreditata dottrina (part., R. Bin, in più scritti, richiamati nel mio *La oscillante “forza normativa” della CEDU, vista dalla Consulta*, cit., in nt. 30, dove mi sforzo di argomentare la indefettibile funzione svolta dal principio in parola a garanzia dei diritti).

La Consulta è perfettamente consapevole del fatto che esso costituisce un’arma potentissima e che, come tutte le armi, può prestarsi a molti usi. In particolare, ancora una volta, se ne avvale e lo offre anche ai giudici comuni perché ne facciano essi pure utilizzo al fine di aprirsi un varco per smarcarsi dal *pressing* soffocante di una giurisprudenza convenzionale evidentemente sgradita. In questo scenario retorico-argomentativo il massimo *standard* è dunque il fine, mentre il mezzo che linearmente dà modo di raggiungerlo è quello, usuale, del “bilanciamento”, giustificato e piegato in nome di una interpretazione sistematica assiologicamente orientata.

La costruzione è oggettivamente raffinata e, a prima impressione, non fa una grinza. Deve tuttavia far riflettere la circostanza per cui è fatta valere dalla Consulta specificamente sul versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, mentre è perlopiù lasciata in ombra su quello dei rapporti con la Corte dell’Unione (anche se, per vero, alla bisogna, qui pure vi si è fatto talora richiamo, ad es. in *Taricco*).

Sta di fatto che il criterio del massimo *standard*, giocando a tutto campo e presentandosi come astrattamente neutro e perfettamente

ambiverso, potrebbe in non pochi casi risolversi a beneficio della Convenzione, portando persino – e qui la questione si farebbe davvero spinosa per la Consulta e i suoi benevoli *laudatores* – alla messa da canto della stessa Costituzione, per quanto la soluzione ottimale resti pur sempre quella non già della rassegnazione davanti all'esito fatale del conflitto bensì l'altra della sua prevenzione per effetto della mutua e *paritaria* (termine che tengo qui, ancora una volta, ad evidenziare) integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, secondo la ispirata (ma non sempre praticata a modo) indicazione metodico-teorica di Corte cost. n. 388 del 1999. È pur vero, tuttavia, che anche questa pronuncia è gravata da vistose oscillazioni teorico-ricostruttive, tant'è che a testimonianza del carattere perplesso e sofferto del suo pensiero la Consulta tiene pur sempre a precisare (in un passo fedelmente riprodotto dallo stesso P. al § 89) che, *in ogni caso*, la Costituzione non offre ai diritti una tutela meno intensa di quella che può ad essi venire da altre Carte, tra le quali – per ciò che è qui di specifico interesse – la Convenzione. Insomma, sembra di capire che il “predominio assiologico” che pur sempre competerebbe alla Costituzione e che risulta predicato nella 49 del 2015 (e ancora fino ai nostri giorni ripetutamente riaffermato) abbia risalenti e profonde radici culturali e che, al tirar delle somme, sia espressivo di un *animus* metodico-teorico che vede nella legge fondamentale della Repubblica una sorta di “supercostituzione” nei suoi rapporti con ogni altro documento pure della sua stessa natura (in senso materiale). Un *animus* – si è fatto notare in altri luoghi – che dunque disvela un nazionalismo o patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo, anzi diciamo pure contrario al verso naturale della storia, avverso il quale P., nella opinione qui succintamente annotata, indirizza plurimi e penetranti rilievi argomentativi.

È poi pur vero, in conclusione, che, se, da un canto, la giurisprudenza costituzionale non si presenta immune dal preorientamento di una *primauté* non solo *positiva* ma anche (e prima ancora) *culturale* della Costituzione sulle altre Carte, dal suo canto anche P. non nasconde il proprio fermo convincimento circa la idoneità della Convenzione a portare più in alto il livello della tutela, secondo quanto risulta dai ripetuti richiami fatti alle autorità nazionali a dare comunque seguito alle pronunzie della Corte europea, in ispecie da

Antonio Ruggeri

*Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione,  
nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*

quanto scrive al § 85, in un passo che merita di essere fedelmente trascritto: “una teoria costituzionale dei diritti fondamentali sensibile alla Convenzione oggi non è più sufficiente. È necessaria una teoria costituzionale che privilegi la Convenzione, fatto diverso e più esigente. Da un punto di vista assiologico, anche se la Convenzione e la Costituzione sono sullo stesso piano, la prima prevale sulla seconda in caso di conflitto inevitabile”. Una conclusione questa che, in modo chiaro e crudo, torna però a riproporre quello schema piramidale delle Carte (e, per logica ed inesorabile conseguenza, delle Corti) che – come qui si è venuti dicendo – non sembra, nella sua strutturale rigidità, confacente alle complessive esigenze del “sistema di sistemi” che va man mano e con non poca fatica costruendosi e perfezionandosi, al servizio dei diritti e di coloro che ne sono portatori.

\*\*\*

**ABSTRACT:** The article comments on the opinion, partially concurring and partially dissenting, delivered by Justice P. Pinto de Albuquerque in the *G.I.E.M. and others v. Italy* case, where he draws in-depth critical remarks on the construction given by Italian courts (most notably, by the Italian Constitutional Court in the judgment no. 49/2015) of the relationship between the European Convention of Human Rights and the Italian Constitution.

**KEYWORDS:** G.I.E.M. and others v. Italy – opinion of Justice P. Pinto de Albuquerque – relationship between the ECHR and the Italian Constitution – constitutional case law

**Antonio Ruggeri** – Professore emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina (antonio.ruggeri@unime.it)