Rivista di Diritti Comparati

Rivista Quadrimestrale

1/2018

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno II – N. 1/2018

DIREZIONE

Andrea Buratti (Università di Roma – Tor Vergata)
Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna)
Oreste Pollicino (Università Bocconi)
Giorgio Repetto (Università di Perugia)
Raffaele Torino (Università Roma Tre)

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (University of Texas), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza (Scuola Sant'Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bicocca, Corte costituzionale), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss "Guido Carli"), Pasquale De Sena (Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano), Giuseppe de Vergottini (Univ. Bologna), Alessandra Di Martino (Univ. Sapienza, Roma), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss "Guido Carli"), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, AGCM), Miguel Poiares Maduro (European University Institute), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University), Francesco Viganò (Univ. Bocconi)

REDAZIONE

Marco Bassini (Università Bocconi)
Antonello Ciervo (Università di Perugia)
Giacomo Delledonne (Scuola Superiore Sant'Anna)
Claudio Di Maio (Università Roma Tre)
Francesco Saitto (La Sapienza - Università di Roma)

SOMMARIO

Forum di discussione

OMAR CHESSA, GIACINTO DELLA CANANEA, PIETRO FARAGUNA, MASSIMO FICHERA, ANDREA GUAZZAROTTI, NICOLA LUPO, VITTORIO MANES E NICOLA RECCHIA, LAURA MONTANARI, ANTONIO RUGGERI, *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte Costituzionale*

[pp. 4-67]

Saggi

PETER HÄBERLE, *Poesie und Verfassung – unter Einbeziehung von Drehbüchern aus Filmen*

[pp. 68-89]

CORRADO CARUSO, *Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*

[pp. 90-131]

MARIO IANNELLA, *The Court of Justice and the Perils of Eurozone Fiscal Framework*

[pp. 132-173]

ALESSIA COZZI, *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*

[pp. 174-211]

MASSIMILIANO NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*

[pp. 212-266]

Note e commenti

ANTONIO RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet)*

[pp. 267-279]

ROBERTO CONTI, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*

[pp. 289-297]

VALERIA PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte Costituzionale n. 269/2017*

[pp. 298-329]

Recensioni e letture critiche

MATTEO MONTI, *Recensione a Giovanni Pitruzzella, Oreste Pollicino, Stefano Quintarelli, Parole e potere: libertà d'espressione, hate speech e fake news, Milano, Egea, 2017*

[pp. 330-339]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella Rivista pubblicato in coda al presente numero, unitamente alle linee guide etiche. L'elenco dei revisori che hanno partecipato alla procedura di valutazione suddetta reso disponibile in coda all'ultimo numero pubblicato nel corso dell'anno solare.

Editore: Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Raffaele Torino
Coordinatore Editoriale: Serenella Quari
Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma
ISSN: 2532-6619

italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene".

Alla luce di ciò, la Direzione della Rivista di diritti comparati ha chiesto ad alcuni amici e sostenitori della Rivista un breve contributo per l'approfondimento delle questioni più controverse della sentenza, incentrato su quattro quesiti così formulati:

1) *Quale significato assume, nella specifica vicenda in esame e nel quadro dei più generali rapporti tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, la scelta di quest'ultima volta a temperare il principio dell'uniforme applicazione del diritto UE in nome del rispetto di diritti fondamentali?*

2) *Come debbono essere intesi, alla luce dell'interpretazione data dalla Corte di giustizia all'art. 325, par. 1, TFUE, i rapporti tra giudici nazionali e legislatore, tenendo in particolare conto di quanto la sentenza M.A.S. sostiene ai parr. 39, 41 e 61? In questo quadro, come vanno ricostruiti gli effetti scaturenti dal medesimo art. 325 TFUE?*

3) *Come influisce la sentenza M.A.S. sulla ricostruzione dell'istituto della prescrizione e, in particolare, sulla sua attinenza al diritto penale sostanziale o processuale? In particolare, è condivisibile ritenere che dall'entrata in vigore della direttiva (UE) 2017/1371, richiamata nel par. 44 della sentenza, derivi un obbligo a configurare in termini processuali l'istituto nell'ambito dei reati in materia di IVA?*

4) *Quali problemi pone il recepimento della sentenza M.A.S. una volta che la Corte costituzionale riassumerà il giudizio, anche tenendo conto di quanto da essa deciso con la sent. n. 269 del 2017? Quale potrà essere invece il ruolo dei giudici ordinari rispetto ai diversi scenari che apre la sentenza?*

I destinatari dell'invito sono stati invitati a rispondere a tutti o anche solo ad alcuni dei quesiti formulati, nell'ordine con cui sono stati predisposti. I contributi dovevano essere contenuti in max. 15.000 battute e non dovevano contenere note o apparati bibliografici. I contributi sono stati sottoposti all'attenzione dei giudici della Corte costituzionale in vista della decisione di quest'ultima.

Pubblichiamo i contributi che sono pervenuti alla *Rivista* ed in particolare quelli di Omar Chessa, Giacinto della Cananea, Pietro Faraguna, Massimo Fichera, Andrea Guazzarotti, Nicola Lupo, Vittorio Manes e Nicola Recchia, Laura Montanari, Antonio Ruggeri.

****

Omar Chessa

Quesito n. 1)

A una prima lettura la sentenza M.A.S. sembra concedere il punto alla Corte costituzionale, dando l'impressione che il dialogo virtuoso tra le corti sia riuscito a far recedere la Corte di giustizia dalle sue posizioni iniziali fino al punto di relativizzare l'uniforme applicazione del diritto europeo in nome dei diritti fondamentali interpretati *magis ut valeant* (coerentemente coll'art. 53 della CDFUE). Ma una lettura più attenta alle potenzialità di questa pronuncia fa intravedere sviluppi che forse non vanno nella direzione auspicata dal tribunale costituzionale italiano.

In primo luogo va osservato che il giudice europeo non richiama la dottrina dei "controlimiti" su cui, invece, la Corte costituzionale basa il suo rinvio: la prospettiva da cui muove è quella di una loro compiuta "europeizzazione". Infatti, il principio di legalità dei reati e delle pene è evocato in quanto previsto nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e in quanto «tradizione costituzionale comune». Tutti i parametri

normativi ai quali il giudice nazionale deve commisurare l'applicabilità del diritto europeo sono forniti dallo stesso diritto dell'Unione; e quindi, se il giudice nazionale disapplicasse, in nome dell'art. 325 TFUE, la disciplina legislativa interna in materia di prescrizione violerebbe anzitutto lo stesso diritto europeo.

In secondo luogo bisogna chiedersi quanto l'orientamento della sentenza M.A.S. sia conciliabile coll'indirizzo inaugurato dalla sent. 269 del 2017 della nostra Corte costituzionale. Il nostro giudice costituzionale muove dalla premessa che la CDFUE, che è parte integrante del diritto primario dell'Unione con effetti giuridici vincolanti, sia «dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale», la quale «impronta» discenderebbe dal fatto 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, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene». La premessa è la sostanziale corrispondenza tra diritti costituzionali e diritti euro-fondamentali: una premessa che induce il giudice costituzionale a ritenere 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, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE». E ciò onde evitare «una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge». Il che però equivale a negare che i diritti fondamentali della CDFUE siano norme *self-executing* e quindi tali da investire il giudice comune del potere/dovere di disapplicare le norme legislative nazionali che vi contrastassero. Il giudice costituzionale ha così ulteriormente circoscritto il novero delle norme europee suscettibili di produrre effetti diretti; e si tratta, allora, di appurare se anche per la Corte di Lussemburgo le norme CDFUE non debbano considerarsi auto-applicative.

Orbene, la sentenza M.A.S. non affronta esplicitamente il problema se i diritti euro-fondamentali possano direttamente determinare la disapplicazione di norme legislative interne, ma risponde a una diversa questione, che ha carattere, per così dire, speculare e "rovesciato" rispetto alla prima. Asserisce, infatti, che i diritti euro-fondamentali possono determinare la disapplicazione di norme europee auto-applicative e ciò senza passare per il tramite di una previa sentenza della Corte europea di giustizia, ma esercitando un controllo diffuso di validità del diritto europeo secondario (ma su questo profilo vedi quanto scrivo nella risposta al quesito 4)). La domanda, allora, è la seguente: se i diritti della CDFUE possono determinare la disapplicazione giudiziale diffusa delle norme europee *self-executing*, perché mai non dovrebbero poter determinare anche la disapplicazione giudiziale diffusa delle norme legislative interne contrastanti? Non sappiamo, al momento, quale risposta darebbe la Corte di giustizia. Ma guardando al modo in cui ragiona, al complesso delle sue "dottrine", alla visione che ha maturato sinora circa il rapporto tra ordinamenti, ecc., la mia valutazione è che non può distinguere i due casi e rimanere coerente con se stessa. D'altronde, se accogliesse il punto di vista del nostro giudice costituzionale, concederebbe ai tribunali costituzionali la facoltà di qualificare le diverse tipologie di norme europee e di distinguerle non solo secondo il tipo di struttura e di efficacia, ma anche sotto il profilo dei rimedi esperibili in ordine alla loro violazione. Non bisogna dimenticare che la Corte del Lussemburgo ha sempre rivendicato per sé una «strong interpretive autonomy», ossia il potere esclusivo di interpretazione ultima in ordine al contenuto e alla estensione delle competenze attribuite dai trattati.

Dobbiamo dunque porci il problema fondamentale di chi sia prevalentemente il "giudice dei diritti" (specialmente di quei diritti che sono insieme costituzionali ed euro-fondamentali), e in particolare se questo compito di garanzia debba essere prioritariamente riconosciuto al raccordo "interno" tra giudice comune e Corte costituzionale ovvero al raccordo "esterno" tra giudice comune e Corte europea di giustizia. Ovviamente, per il giudice lussemburghese questo dilemma neppure si pone, dato che considera i tribunali costituzionali alla stregua di ogni altro giudice nazionale che disponga il rinvio pregiudiziale: lo prova la sentenza M.A.S. allorquando sorvola

sul fatto che la Corte costituzionale abbia minacciato il rimedio costituzionale interno dei "controlimiti", con ciò sostanzialmente negando la stessa concepibilità di tale dottrina a fronte del fatto che gli stessi diritti costituzionali e principi supremi sarebbero ormai "europeizzati" e assicurati dal raccordo costante col giudice nazionale (ivi compreso il giudice costituzionale). Invece dal punto di vista della Corte costituzionale le cose stanno diversamente. Non si accontenta di essere un interlocutore della Corte europea negli stessi termini in cui lo è qualsiasi altro giudice italiano, ma rivendica per sé un ruolo peculiare e "rafforzato", anche in virtù del potere, sempre ribadito, di "ultima parola" circa la compatibilità con la Costituzione degli atti normativi dell'Unione e adesso anche delle leggi interne con i diritti della CDFUE corrispondenti a norme costituzionali.

Sappiamo che su quest'ultimo punto le critiche non sono mancate. Si è denunciata l'inversione della "doppia pregiudiziale". Ma questa lettura non considera che a imporre il sindacato accentrato di costituzionalità in luogo della disapplicazione giudiziale diffusa per contrasto col diritto eurounitario è il carattere non auto-applicativo della CDFUE (e peraltro la sent. 296/2017 precisa che è «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE», sicché *prima* di sollevare (e non *dopo* aver sollevato) la qlc il giudice ben potrebbe chiedere alla corte lussemburghese lumi circa la corretta interpretazione di disposizioni della CDFUE, per poi rimettere la qlc nell'ipotesi in cui l'interpretazione del giudice europeo asseverasse il contrasto tra legge interna e diritti fondamentali: ciò che la Corte ha voluto affermare, quindi, è che, in ogni caso, anche dopo una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, la disapplicazione della legge interna per contrasto con diritti della CDFUE corrispondenti a diritti costituzionali deve passare attraverso una sentenza di accoglimento).

Potrebbe obiettarsi che è arbitrario assegnare valore non auto-applicativo ai diritti euro-fondamentali e infatti si è osservato che il nostro giudice costituzionale avrebbe guardato non alla struttura nomologica degli enunciati della CDFUE, bensì alla loro dimensione assiologico-sostanziale (Ruggeri). Tuttavia, va precisato che sono assimilati a norme costituzionali solo quei diritti euro-fondamentali che corrispondono a diritti riconosciuti nella nostra Costituzione

(anche se è difficile immaginare che nella CDFUE ci siano pure diritti e principi diversi da quelli già enunciati nel nostro testo costituzionale). Certo, a seguire l'insegnamento di Crisafulli, i diritti costituzionali possono anche consistere di norme immediatamente precettive, cioè *self-executing*, oltre che di norme programmatiche, cioè non auto-applicative, ma è altresì vero che a questa *magna divisio* non corrisponde quella tra giudizio diffuso e accentrato, poiché qualora una legge osti all'applicazione di una norma costituzionale immediatamente precettiva, è comunque necessaria una pronuncia di accoglimento del giudice costituzionale. Ebbene, la sent. 269/2017 non fa altro che adoperare il medesimo schema di argomento con le disposizioni della CDFUE corrispondenti a disposizioni costituzionali: non le ha dunque assimilate tutte a "principi", negando che alcune siano "regole", bensì ha affermato che tanto gli uni quanto le altre necessitano del sindacato accentrato allorquando atti legislativi vi contrastino.

Insomma, non si poteva fare altrimenti, poiché l'alternativa sarebbe stata quella di amputare una parte importante della "Costituzione dei diritti" dal novero delle norme che possono fungere da parametro del giudizio di costituzionalità, per diventare parametro di un giudizio diffuso di validità euro-unitaria del diritto interno (o, se si preferisce, di un giudizio diffuso volto a risolvere il contrasto tra fonte interna e diritto dell'Unione). Si è così evitato di creare una sorta di "doppio binario", che sarebbe stato foriero di una sensibile marginalizzazione del tribunale costituzionale nell'applicazione e, prima ancora, nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali a fronte di leggi costituzionalmente dubbie: da un lato, cioè, il binario del giudizio accentrato di costituzionalità con riguardo a tutte le disposizioni costituzionali che non corrispondono a norme della CDFUE, dall'altro il giudizio diffuso con riguardo a tutte quelle che invece vi corrispondono. Occorre ancora una volta ribadire che non è la stessa cosa interpretare taluni diritti come euro-fondamentali (nel contesto di un giudizio diffusamente affidato ai giudici ordinari nel raccordo con la Corte europea di giustizia) anziché come diritti costituzionali (nel contesto di un sindacato accentrato nel raccordo tra giudici ordinari e giudice costituzionale), poiché nel primo caso la loro portata è delineata nell'ambito dell'ordinamento UE coi condizionamenti che ne derivano, mentre nel secondo caso dipende

dai vincoli sistemici che complessivamente discendono dal testo costituzionale nella sua interezza (nonché dalle leggi interne attuative del dettato costituzionale e dai precedenti giurisprudenziali accumulatisi nel tempo).

Quesito n. 4)

Quanto al futuro ruolo dei giudici ordinari, occorre sciogliere due dubbi. Il primo è se la Corte europea riconosca a tutti i giudici nazionali o solo alla Corte Costituzionale il potere di disapplicare le norme europee auto-applicative che contrastano con diritti della CDFUE. Mi sembra scontato che, in assenza di ulteriori qualificazioni, la formula «giudice nazionale» impiegata dalla Corte di giustizia debba intendersi come riferita a tutti i giudici nazionali (come giustamente osserva Giorgio Repetto).

Il secondo dubbio è il seguente: il giudice nazionale può valutare e decidere in solitudine, senza richiedere l'intervento della Corte del Lussemburgo, se disapplicare la norma europea auto-applicativa in contrasto con diritti euro-fondamentali interpretati *magis ut valeant* o invece deve preliminarmente disporre un rinvio pregiudiziale di validità del diritto europeo secondario? L'indicazione che si trae dalla sentenza M.A.S., par. 61, anche se si riferisce al solo caso specifico del principio di legalità e all'obbligo di disapplicazione delle norme interne, pare andare nella prima direzione. Vi si legge, infatti, che «se il giudice nazionale dovesse (...) essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene, esso non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, e ciò neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione». Questo passo non dice che il giudice nazionale «non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo» a seguito di una apposita e previa pronuncia del giudice europeo che lo liberasse da tale vincolo. Inoltre bisogna tenere conto che all'obbligo di disapplicare la norma interna corrisponde l'obbligo di applicare quella europea auto-applicativa, sicché ne discende specularmente che l'obbligo di disapplicare la prima viene meno quando viene meno l'obbligo di applicare la

seconda. Parafrasando dunque il succitato par. 61 della sentenza M.A.S., se ne deve alfine concludere che se il giudice nazionale dovesse essere indotto a ritenere che l'obbligo di disapplicare la norma interna (e di applicare la norma europea *self-executing*) contrasti con un qualsiasi diritto fondamentale della CDFUE, non sarebbe tenuto a conformarsi a tale obbligo, senza dover necessariamente passare per il tramite di una pronuncia della Corte europea di giustizia resa in occasione di un rinvio pregiudiziale: i giudici nazionali sarebbero quindi autorizzati a risolvere i contrasti tra diritto europeo secondario e diritto primario della CDFUE esercitando una sorta di controllo diffuso di validità. Va da sé, però, che è ragionevole aspettarsi che il più delle volte il giudice nazionale solleciterà l'intervento del giudice europeo prima di affrancarsi dal vincolo di norme auto-applicative del diritto dell'Unione.

Infine, nel riassumere il giudizio dopo la pronuncia M.A.S il giudice costituzionale, a mio personale avviso, non potrebbe fare altro che adottare una sentenza di infondatezza, che sia da una parte di monito al legislatore affinché adegui la propria disciplina alla prescrizione contenuta nell'art. 325 TFUE, nonché alla direttiva UE 2017/1371 in tema di lotta contro la frode dell'IVA; e che sia dall'altra una pronuncia recante un dispositivo "ai sensi di cui in motivazione", coll'invito a dare ancora applicazione, nel giudizio a quo, alla disciplina legislativa vigente in tema di prescrizione in considerazione del carattere non auto-applicativo dell'art. 325 TFUE a fronte del principio di legalità dei reati e delle pene.

***

Giacinto della Cananea

Le tradizioni costituzionali comuni prese sul serio

1. Premessa
2. Il contesto
3. I principi nell'ottica del nazionalismo giuridico
4. L'indebita sottovalutazione dei principi nazionali
5. La complementarità tra le tradizioni costituzionali

1. *Premessa*

Nel corso del suo "cammino comunitario", la Corte costituzionale italiana ha elaborato e affinato una varietà di argomenti e tecniche, i quali non hanno mancato di suscitare interesse in altre culture giuridiche, all'interno dell'Europa unita e al suo esterno. Nel novero di quegli argomenti e di quelle tecniche, è noto, vi è la dottrina dei "controlimiti". Ma vi è anche un'aggiornata teoria delle tradizioni costituzionali comuni. Elaborata gradualmente, essa è stata prospettata in modo nitido nell'ordinanza con cui la Corte si è nuovamente avvalsa del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativamente alle sanzioni da applicare alle frodi fiscali in materia di IVA, al fine di tutelare gli interessi finanziari dell'Unione europea (*Taricco II*) ([1]). I termini della vicenda e le opzioni che si offrivano alla Corte possono considerarsi noti, grazie al fiorire di commenti, sicché è sufficiente ricordare che essa non ha seguito i più, i quali a gran voce le chiedevano di accertare l'esistenza di un conflitto insanabile tra il principio del primato del diritto dell'Unione (con il conseguente obbligo di disapplicare le norme nazionali contrastanti). Non ha nemmeno eluso il problema. Ha optato, piuttosto, per la via del dialogo con la Corte di giustizia ([2]). Questa, a sua volta, si è discostata dalla linea argomentativa prospettata dall'avvocato generale Yves Bot, ha adottato una che mostra un'assai più attenta ricerca dei motivi di complementarità tra le tradizioni costituzionali. Questi motivi di complementarità verranno sviluppati nelle pagine che seguono, dopo

[1] Corte di giustizia, sentenza 5 dicembre 2017, causa C- 42/17, *procedimento penale a carico di M.A.S. e M.B.* L'ordinanza della Corte costituzionale è la n. 2472017.

[2] Per questa linea di ragionamento e per riferimenti alle altre posizioni, G. della Cananea, *L'Italia e l'Europa nel caso "Taricco": dai controlimiti al deficit sistemico dell'amministrazione e della giurisdizione*, in "*Aperta Contrada*", 2016 [www.apertacontrada.it].

alcuni richiami essenziali al contesto e alle posizioni che li hanno sottovalutati, per ragioni opposte.

2. *Il contesto*

Per la sua storia culturale e politica, l'Italia del diritto è segnata, oltre che da numerosi punti di debolezza (segnatamente nella capacità degli apparati amministrativi e giudiziari d'imporre il rispetto del diritto e di evitare, così, che il tempo giochi a favore di quanti lo violano), da significativi punti di forza. Essa vanta il primato d'una cultura giuridica più che bimillenaria. Annovera tra i propri "maggiori" una figura di spicco nel panorama europeo, come Cesare Beccaria. L'Italia è stata, altresì, tra i primi Paesi europei a dotarsi, dopo il 1945, di un giudice delle leggi, la cui giurisprudenza ha un'indubbia importanza anche sul piano della comparazione. Ha partecipato attivamente alla costruzione della più avanzata esperienza d'integrazione regionale, quella confluita nell'Unione europea. Movendo da questi punti di forza, non sorprende che vi siano giuristi – costituzionalisti e penalisti, professori e giudici – i quali hanno colto ed enfatizzato il limite della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Taricco* (I). Occorre, però, un'avvertenza. Un conto è sottolineare che la Corte di giustizia in quel caso non ha prestato un'adeguata attenzione al rischio che il ribadire pedissequamente la dottrina della disapplicazione può comportare per più di un consolidato principio costituzionale. Nel novero di quei principi, vi sono l'irretroattività della norma penale e la necessità che le disposizioni che configurano una condotta come illecita siano sufficientemente determinate, al fine di evitare che la discrezionalità del giudice sia eccessiva, degradi in arbitrio. Un altro conto è concepire quei principi nell'ottica esclusivamente nazionale.

3. *I principi nell'ottica del nazionalismo giuridico*

Manifesta la propria influenza, in questo modo di concepire i principi, una corrente di pensiero tutt'altro che nuova. Ne costituiscono altrettante e significative dimostrazioni la modificazione della disposizione legislativa concernente l'interpretazione giuridica e la ricostruzione della disposizione del Trattato sull'Unione europea che fa riferimento all'identità costituzionale degli Stati membri.

Contrariamente alla diffusa opinione secondo cui l'inizio dell'età delle codificazioni comportò una netta discontinuità, una cesura, rispetto al periodo precedente, in cui vi era circolazione dei principi e delle teorie riguardanti il diritto, ancora nell'Ottocento il codice civile austriaco del 1811 fece riferimento ai principi del diritto naturale. Mezzo secolo più tardi, il codice civile italiano del 1865 fece riferimento ai principi generali dell'ordinamento giuridico. Una vera e propria discontinuità si realizzò con l'avvento del codice civile del 1942. Esso fece riferimento ai principi generali del diritto, ma ne delimitò l'ambito di operatività, li ancorò allo Stato. Si realizzò, così, il primato del nazionalismo giuridico, oltre che del positivismo, nell'ottica del quale eminenti studiosi esclusero che i principi potessero essere annoverati tra le norme giuridiche: una tesi persuasivamente criticata, in particolare, da Vezio Crisafulli.

Tenere conto della storia è utile, perché se essa non dà lezioni, consente di capire come le istituzioni giuridiche risentono della stratificazione di pratiche e usi, della ripetizioni di stilemi e teorie: tutto ciò contribuisce a caratterizzare le istituzioni giuridiche nel senso dell'inerzia di fronte al cambiamento. In ciò, secondo la nota opinione di Edmund Burke, vi è senz'altro una virtù. Ma vi è anche un rischio, quello di non essere in grado di cogliere quanto vi è di nuovo e di originale. È un rischio tutt'altro che astratto, ipotetico. Esso si è concretizzato nelle interpretazioni dei trattati europei che annettono rilievo esclusivamente al riferimento alla identità costituzionale di ciascuno Stato, che è certamente da salvaguardare, trascurando l'esistenza delle tradizioni costituzionali comuni. A esse ha attinto la Corte di giustizia, nell'elaborazione dei principi generali del diritto comunitario. Non a caso, questa locuzione è stata mutuata dall'articolo 6 TUE nel fare riferimento alle tradizioni costituzionali

comuni e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui effettua un rinvio anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

La ricostruzione dei principi costituzionali nell'ottica esclusivamente nazionale ha un'ulteriore implicazione, di cui occorre essere consapevoli. Una volta che essi sono concepiti come altrettanti assoluti, si finisce per affermare che per essi non può ammettersi alcun bilanciamento; che non ci si può nemmeno porre il problema delle conseguenze che ne scaturiranno. Si tratta d'un certo modo d'intendere i principi, prossimo a una sorta di religione della costituzione nazionale, non dell'unico modo possibile, come si dirà più oltre (al § 5).

4. *L'indebita sottovalutazione dei principi nazionali*

L'analisi svolta dall'avvocato generale ha mutuato dall'ordinanza di rinvio la locuzione "tradizioni costituzionali comuni", ma non il concetto. Il concetto non si limita ad annettere rilievo ai tratti che accomunano i vari ordini giuridici che fanno parte dell'ordinamento "composito" dell'UE, ma presuppone, logicamente e giuridicamente, l'esistenza d'una varietà di principi costituzionali, più o meno formalizzati o consuetudinari. In breve, l'unità di più ordinamenti presuppone la loro pluralità e specificità. Il concetto delle tradizioni costituzionali comuni è, quindi, capace di sintetizzare il convincimento, maturato all'interno della Corte di giustizia, di dover sviluppare i tratti comuni, ma nella consapevolezza dell'esistenza di numerose e rilevanti differenze.

La consapevolezza dell'autonomia e della differenziazione dei vari ordinamenti, e delle culture che al loro interno evolvono attraverso incontri e scontri, sembra – invece - svanita nel parere dell'avvocato generale. Lo mostra lo stile dell'argomentazione, intessuto di espressioni che traggono dall'esistenza di uno scopo condiviso (la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia) una conseguenza discutibile, l'armonizzazione delle norme sulla prescrizione (§ 15). Lo mostra l'acritica riconferma delle conclusioni raggiunte dalla Corte nel caso *Melloni*, senza alcun riguardo per la tecnica delle distinzioni, che pure non è prerogativa esclusiva dei giudici di *common law*. Lo mostra l'evidente difficoltà di comprendere

che la ricostruzione della prescrizione in termini procedurali, che può sembrare ovvia ad alcuni può non esserlo per altri, per i quali essa assume un preciso rilievo sul piano sostanziale (§ 178). Ma soprattutto lo mostra la difficoltà di comprendere che i principi fondamentali di un ordinamento costituzionale non si prestano a una sorta di toponomastica. Nel caso di specie, quei principi non sono soltanto quelli enunciati dalla parte della Costituzione che vi fa riferimento nella rubrica (§ 181).

A sé sta un ulteriore elemento di criticità. Per l'osservatore esterno non è facile comprendere come un giurista esperto come l'avvocato generale possa anche soltanto dare l'impressione di pensare che la costruzione di uno spazio "comune" di libertà, oltre che di sicurezza e giustizia, possa aver luogo senza un'adeguata comprensione, oltre che del ruolo d'interprete privilegiato delle proprie tradizioni costituzionali che è proprio di ogni corte costituzionalmente, della peculiarità delle questioni correlate con l'esercizio della potestà sanzionatoria. L'armonizzazione, sia pure necessaria come obiettivo di medio termine, si realizzerà attraverso la progressiva maturazione d'una cultura condivisa riguardante le sanzioni, non per "editto".

5. *La complementarità tra le tradizioni costituzionali*

Fortunatamente, la Corte di giustizia non ha seguito il percorso delineato dall'avvocato generale. Dopo aver richiamato la funzione cui l'istituto del rinvio pregiudiziale è ordinata, cioè l'instaurazione di un dialogo (§ 22) tra i giudici chiamati alla comune missione di assicurare il rispetto del diritto obiettivamente considerato, essa ha ricordato l'importanza che il principio di legalità dei reati e delle pene e i suoi corollari (prevedibilità e determinatezza) hanno "tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione, quanto negli ordinamenti giuridici nazionali" (§ 51). Ha, coerentemente con questa impostazione, ribadito la propria consolidata giurisprudenza in materia di disapplicazione delle norme interne, ma con un'importante *caveat* nei confonti di ogni interpretazione che imponga pene più severe di quelle vigenti al momento della trasgressione delle regole del gioco § 62). Il margine di apprezzamento, per mutuare l'espressione

cui fa riferimento l'altra Corte europea, quella di Strasburgo, è fatto salvo.

Più che un'analitica ricostruzione dell'argomentazione della Corte di giustizia, si può notare che la complementarità tra le tradizioni costituzionali è riconducibile a tre motivi. Vi è, anzitutto, la conferma dei nessi tra l'ordinamento giuridico dell'Unione e gli ordinamenti giuridici nazionali. Quei nessi non si esauriscono nei raccordi procedurali che permettono ai giudici d'ogni Stato di rivolgersi alla Corte di giustizia. Vi sono precisi nessi di natura sostanziale, tra i quali spicca il principio di legalità dei reati e delle pene. È in quanto si tratta d'una tradizione costituzionale comune agli Stati membri che esso assurge a principio generale del diritto dell'Unione.

In secondo luogo, è in quanto una tradizione costituzionale comune preesisteva, al di là delle numerose variabili nazionali, che è stato possibile farvi riferimento nell'articolo 7 della Convenzione e che la giurisprudenza applicativa della Corte europea dei diritti dell'uomo ottiene adesioni da parte dei giudici nazionali.

Infine, l'esistenza, anziché di uno solo, di più ordini giuridici assicura dialettica nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni che riconoscono i diritti fondamentali e ne assicurano la tutela. Contrariamente alla logica dell'ordinamento giuridico "chiuso" (nel senso indicato da Gino Gorla), dove vi è un'unica corte superiore, incaricata di assicurarne la coerenza e la completezza, vi è, potenzialmente e talora anche in atto, concorrenza tra le interpretazioni e tra le corti che le elaborano. Il loro coesistere può innalzare tanto il potenziale di sicurezza dei diritti quanto la propensione delle corti a farli valere, a far sì che essi si esplichino appieno. Di ciò vi è bisogno. Non mancano, purtroppo, esempi recenti in più angoli dell'Europa del nostro tempo.

Considerate sotto questi profili, le tradizioni costituzionali comuni, mentre presuppongono quelle nazionali, possono indurre adeguamenti e mutamenti spontanei in queste ultime, in un senso anziché in un altro. È in questo duplice senso che possono dirsi complementari. In ragione di ciò, è tutto sommato poco utile interrogarsi circa l'ordine d'importanza in cui si dispongono, mentre sono da approfondire i tratti realmente comuni e quelli distintivi.

***

Pietro Faraguna

Quesito n. 1)

Come già è stato osservato in riferimento alla saga *OMT/Gauweiler*, saga che ha recentemente impegnato la Corte di giustizia e il *BVerfG*, anche la vicenda c.d. *Taricco* sembra ricordare il "gioco del coniglio". Il "gioco del coniglio" (*Game of chicken*) è un paradosso che nella teoria dei giochi si fonda sul non-coordinamento, ovvero su una situazione di equilibrio instabile nella quale a ogni parte del gioco conviene adottare la strategia opposta degli altri giocatori, senza però conoscere in anticipo quale sarà la loro strategia. Si tratta, in termini maggiormente comprensibili, del dilemma che deve affrontare James Dean nel film *Gioventù Bruciata*, nella scena della sfida della auto lanciate a grande velocità verso un dirupo: il guidatore che sterza per ultimo vince il gioco. Se nessuno sterza, entrambi finiranno nel dirupo. Se entrambi sterzano allo stesso momento, nessun vince. Soltanto se uno sterzerà prima dell'altro, il secondo vincerà.

Nel caso in questione, la Corte di giustizia sembra avere sterzato in modo deciso in largo anticipo rispetto al burrone, senza aver sostanzialmente nemmeno raccolto il guanto della sfida del "gioco del coniglio". In effetti, il guanto di sfida della Corte costituzionale era stato lanciato sul terreno della tutela dell'identità costituzionale italiana e di quei principi supremi che – nella ricostruzione della Corte costituzionale italiana – sarebbero stati violati dal recepimento degli effetti della sentenza *Taricco* della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015. Dalla non applicazione degli effetti della sentenza *Taricco*

sembrava certamente poter derivare un temperamento del principio dell'uniforme applicazione del diritto UE a beneficio di uno specifico stato membro e a tutela di specifiche particolarità costituzionali di quello Stato membro. La Corte di giustizia ha però inteso affrontare la questione sotto un profilo un pò diverso, rimisurando la portata della (prima) sentenza *Taricco* non alla stregua dell'identità costituzionale italiana, seppure valorizzandone la dimensione europea con gli espliciti riferimenti alla *identity clause* disposta dall'articolo 4(2) del Trattato UE, bensì alla stregua di soli parametri europei che nulla hanno a che fare con le identità costituzionali nazionali, parametri che erano stati evidentemente trascurati nella sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia l'8 settembre 2015. La grande novità di questa vicenda non sta perciò tanto nel fatto che il principio dell'uniforme applicazione del diritto UE possa essere temperato in nome del rispetto di diritti fondamentali, ma nel fatto che la Corte di giustizia sia stata indotta a ricalibrare questo temperamento da un atto di "resistenza" di una Corte costituzionale.

A differenza di quanto sembrava potersi presagire prima della sentenza della Corte di giustizia, non è infatti detto che la vicenda *Taricco* diventi una pietra miliare nell'evoluzione del diritto dell'UE e dei rapporti con il diritto costituzionale degli Stati membri. Soltanto a distanza di un po' di tempo si potrà capire se di questo acceso dibattito rimarrà una traccia profonda, oppure se la questione verrà semplicemente derubricata alla stregua di una bizzarra parentesi processuale che ha posto rimedio a una infelice pronuncia della Corte di giustizia. Quel che è certo è che lo sforzo profuso dalla Corte di giustizia, che ha nascosto soltanto parzialmente il suo *overruling* sotto alle spoglie di un *distinguishing*, dovrebbe indurre le Corti costituzionali ad abbandonare in via definitiva le rimanenti reticenze a innescare un circuito diretto di interazione con la Corte di giustizia mediante il rinvio pregiudiziale. Se un insegnamento può trarsi da questa vicenda, infatti, è che la tutela di ragioni costituzionali non può che giovarsi di un impegno attivo delle Corti costituzionali nel circuito europeo. L'insegnamento ha il sapore dell'ovvio, ma così non è stato per lungo tempo, e questo caso mostra come la stessa identica questione pregiudiziale possa condurre a esiti assai diversi laddove venga sollevata dal Tribunale di Cuneo o dalla Corte costituzionale.

Quesito n. 2)

Oltre a quanto affermato dalla sentenza M.A.S. non va sottovalutata la portata delle affermazioni contenute nel rinvio della Corte costituzionale, laddove quest'ultima aveva adombrato la possibile attivazione della responsabilità dello Stato italiano per la mancata ottemperanza agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE. Sulla portata di questi obblighi sono emersi i maggiori fraintendimenti, più che tra gli attori istituzionali che in questa saga sono stati coinvolti, nei numerosi commenti che hanno animato il dibattito dottrinale che si è sviluppato attorno a questa vicenda. Il Trattato chiede agli Stati membri di apprestare misure che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione. Pare francamente difficile sostenere che l'Italia non sia inadempiente almeno per ciò che concerne le frodi all'IVA compiute dopo l'entrata in vigore della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. ex-Cirielli) e prima delle parziali modifiche intervenute nel 2011. Di questo sembra essersi accorta la Corte costituzionale che, nella sua ordinanza di rinvio, aveva esplicitamente fatto riferimento alla responsabilità della Repubblica italiana che resterebbe in ogni caso ferma «per avere omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione, e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione» (ord. 24/2017, punto 7). La Corte costituzionale stessa aveva poi fatto menzione, nella sua ordinanza di rinvio, delle successive modificazioni della normativa oggetto di discordia, in particolare riferendosi alle modifiche intervenute nel 2011, con l'aumento di un terzo dei termini di prescrizione di alcuni reati, aumento comunque non applicabile ai fatti commessi prima della modifica in questione. La Corte aveva però opportunamente rinviato alle «sedi competenti» (senza ulteriori specificazioni, ma chiaramente facendo intendere che la sede competente non fosse il giudizio di legittimità costituzionale) il problema della valutazione dell'idoneità di questa modifica rispetto agli obblighi posti dal Trattato. In questo caso, così come in altri casi nei quali si è andati vicino a toccare il tabù dell'identità costituzionale, emergono in fondo i limiti strutturali

dell'esercizio della giurisdizione, che possono essere rimediati soltanto con il ritorno alla politica. In questo senso potrebbe giovare l'insegnamento di un'altra saga, soltanto poco più risalente, che aveva impegnato la Corte di giustizia e la Corte costituzionale della Repubblica ceca attorno al caso delle c.d. pensioni slovacche, nel cui contesto si era giunti – similmente a quanto avvenuto nella saga *Taricco* – a un giudizio costituzionale nel quale una sentenza della Corte di giustizia era stata ritenuta dal giudice costituzionale ceco *ultra vires* e perciò non applicabile nell'ordinamento della Repubblica ceca. In quel caso soltanto l'intervento del legislatore era riuscito a mettere la parola fine su una questione che aveva condotto a pericolosi conflitti intra- e iter-ordinamentali.

Quesito n. 3)

Si può immaginare che la questione impegnerà in particolare il dibattito penalistico. Il rischio è di ridurre la questione a un affare di mera catalogazione, e, peggio ancora, di mera contesa tra tradizioni nazionali (e forse anche disciplinari) confliggenti su questo punto. Perciò si potrebbe dire che non è essenziale la qualificazione della natura dell'istituto, quanto invece lo sono le conseguenze che derivano da quella qualificazione. Se, infatti, l'iscrizione della prescrizione (e della disciplina dell'interruzione) nel diritto penale sostanziale significa l'impermeabilità dell'istituto a qualunque ipotesi di modifica che serva interessi potenzialmente confliggenti (quale sarebbe il caso di una disciplina che si ponesse l'obiettivo di porre rimedio a una situazione di sostanziale impunità), allora le conseguenze sembrerebbero alquanto problematiche. Se, invece, la natura sostanziale dell'istituto non impedisce che il legislatore intervenga con modifiche ponderate, modifiche che preservino principi fondamentali di certezza del diritto, al fine di perseguire l'obiettivo di porre rimedio a una situazione di impunità, allora la situazione muta radicalmente. Non credo perciò che la questione debba o possa essere risolta soltanto per effetto del recepimento della direttiva.

Quesito n. 4)

Vista la decisa sterzata della Corte di giustizia, è improbabile che la Corte costituzionale decida di procedere a tutta velocità verso il burrone del "gioco del coniglio". La Corte potrà scegliere tra uno spettro di dispositivi leggermente diversi, così come d'altronde sarebbe stato nel ben più impegnativo caso in cui la Corte di giustizia avesse preferito imboccare la strada suggerita dalla superficiale analisi contenuta nelle conclusioni dell'avvocato generale. È comunque improbabile, nonché presumibilmente non desiderabile, che la Corte non si accontenti di vincere e voglia invece stravincere. Al contrario, la Corte farebbe forse bene a farsi carico delle ragioni che escono soccombenti da questa specifica vicenda, e che pure non erano state ignorate nell'ordinanza di rinvio. Non va dimenticato, infatti, che non è il solo interesse finanziario dell'Unione a uscire malconcio da questa vicenda: la sostanziale impunità dei reati di cui alle questioni controverse colpisce infatti in parte assai più rilevante l'interesse finanziario del bilancio italiano, al cui finanziamento concorrono le imposte evase in misura decisamente maggiore rispetto alla quota che finanzia il bilancio dell'Unione.

Per le ragioni cui si è fatto cenno sopra, soltanto il legislatore può farsi carico di un intervento sufficientemente articolato e bilanciato da non incorrere nei difetti che hanno condotto la Corte di giustizia a fare marcia indietro. La Corte costituzionale avrebbe ragione di ammonire il legislatore su questo punto e, laddove il monito cadesse nel vuoto, avrebbe ragione di intervenire.

Quanto agli ulteriori elementi che sembrano potersi desumere dalla sentenza n. 269 del 2017, le novità che vi si leggono sembrano convergere con l'obiettivo che la Corte costituzionale sembra in questi ultimi anni perseguire nella direzione centripeta di un (ri-) accentramento del controllo di legittimità costituzionale rispetto al moto centrifugo che negli ultimi decenni ha parzialmente allontanato i giudici comuni e la Corte costituzionale. L'affermazione della priorità del controllo di legittimità costituzionale in caso di sospetta violazione di diritti fondamentali protetti tanto dalla Carta dei diritti fondamentali quanto dalla Costituzione italiana va infatti nella stessa

direzione dell'affermazione del monopolio della Corte sul controllo di compatibilità con i principi supremi dell'ordinamento che, invece, una certa comprensione (o meglio, un certo fraintendimento) della teoria dell'europeizzazione dei controlimiti sembrava voler affidare al circuito del rinvio pregiudiziale.

***

Massimo Fichera

Quesito n. 1)

La recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nel caso *Taricco II* costituisce un'importante apertura nel dialogo tra la Corte del Lussemburgo e le Corti nazionali. Tuttavia, quest'apertura non riguarda solo la definizione del principio dell'uniforme applicazione del diritto UE, ma, più in generale, l'interpretazione del principio del primato del diritto eurounitario e degli effetti diretti. Infatti, alla luce delle più recenti decisioni della corte sovranazionale e della Consulta, nonché delle opinioni espresse dai più accreditati esperti in materia, si possono distinguere tre orientamenti principali.

Un primo orientamento radicalizza, per cosi' dire, il principio del primato (o, si potrebbe dire, lo riconfigura come supremazia, per usare un'espressione cara al *Tribunal Constitucional* spagnolo- n. 1/2004). Seguendo quest'orientamento, che possiamo definire "massimalista", l'intervento armonizzatore dell'UE in una determinata area esclude automaticamente e categoricamente la possibilità per gli Stati membri di applicare un livello di protezione dei diritti umani che sia più elevato, qualora tale livello sia il riflesso della disciplina costituzionale interna. Sarà compito esclusivo dell'UE, secondo i suoi propri criteri, realizzare un'operazione di bilanciamento che ponga in relazione la necessità di tutela dei diritti umani con il principio di

effettività del diritto eurounitario. Questa interpretazione, sviluppata inizialmente nei casi *Fransson* e *Melloni* (vedasi l'Opinione dell'Avvocato Generale Bot in *Melloni*), è stata ripresa in senso appunto "massimalista" nel caso *Taricco I* e dallo stesso Avvocato Generale Bot nel caso *Taricco II*. Per contro, ogniqualvolta l'intervento armonizzatore dell'UE non sia completo, gli Stati membri hanno maggiore spazio di manovra, e, conseguentemente, la possibilità di stabilire un livello di tutela più elevato. Tale orientamento, improntato ad una visione gerarchica dei rapporti interordinamentali, scaturisce da una precisa interpretazione dell'Art. 53 della Carta dei diritti fondamentali e può essere paragonato, *mutatis mutandis*, ad una visione "assolutistica" dei principi di fiducia reciproca e reciproco riconoscimento: come il principio del primato regola la dimensione verticale, ossia il rapporto tra i singoli Stati e l'UE, così il reciproco riconoscimento regola la dimensione orizzontale, ossia il rapporto tra Stati. Nonè un caso che lo stesso Avvocato Generale Bot abbia ritenuto, in un'altra sua Opinione nei casi *Aranyosi* e *Căldăraru*, che la violazione dei diritti fondamentali non possa essere fatta valere come motivo di non esecuzione del mandato di arresto europeo (impostazione questa poi temperata dalla Corte di Giustizia in *Aranyosi* e *Căldăraru* come anche nel caso *NS v. Secretary of State* per quanto attiene alla nozione di "fiducia reciproca").

Un secondo orientamento, contrapposto al primo, concepisce la relazione interordinamentale esclusivamente dal punto di vista degli Stati membri. Corollario di quest'impostazione è un'interpretazione estensiva della dottrina dei "controlimiti", che in tal modo ricomprenderebbe non solo norme di diritto costituzionale sostanziale, ma anche l'attribuzione delle competenze e l'*Identitätskontrolle*. È da questa prospettiva che si può sostenere, per esempio, che la CGUE in *Taricco II* ha fornito una nozione eccessivamente ampia di efficacia diretta, in un contesto in cui non esisterebbero le condizioni perché l'Art. 325 TFUE esplichi detta efficacia. Vi è da dire che un orientamento che renda agevole per la Corte costituzionale nazionale di mettere in discussione di volta in volta le condizioni di applicabilità dei principi del primato e dell'efficacia diretta –e quindi di sovrapporre un giudizio di verifica a quello espresso dalla CGUE- rischia di minare le basi stesse del diritto

UE e la possibilità di una cooperazione proficua tra corti. L'orientamento seguito dalla CGUE nella sentenza M. A. S. si colloca, in un certo senso, a metà strada e mostra la necessaria attenzione per i delicati equilibri dell'ordinamento italiano. Quella che emerge, in altre parole, è una visione non gerarchica ma eterarchica o "perspettivista", in cui la Corte del Lussemburgo, pur mantenendo il punto di vista dell'ordinamento europeo, allo stesso tempo è disposta a riconoscere la validità della presa di posizione della Consulta, dal punto di vista dell'ordinamento italiano. Tale impostazione, si badi bene, non esclude il conflitto, ma ne circoscrive la possibilità di realizzazione nel momento stesso in cui utilizza la nozione di "tradizioni costituzionali comuni" - nell'intento di dimostrare come la normativa sui diritti umani e principi fondamentali, sia a livello nazionale che a livello sovranazionale, è inquadrabile in una visione sistematica e teleologica.

Da questa prospettiva, le basi del primo orientamento sopra menzionato non sono negate, ma riformulate. In altre parole, in primo luogo (a) la clausola identitaria di cui all'Art. 4.2 TUE è sì formalmente giustiziabile, a seguito della ratifica del Trattato di Lisbona, ma va vista non già in isolamento, bensì nel contesto di una serie di principi che regolano sia il rapporto tra diritto UE e diritto interno, sia il rapporto tra i diversi ordinamenti statali (visione sistematica). Il riferimento è non solo a primato e effetti diretti, ma anche all' Art. 2 TEU (valori comuni), 6.1 TEU, che attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, e 6.3 TEU, nonché all'Art. 4.3 TEU (cooperazione leale) e alla fiducia reciproca. Poiché l'ordinamento eurounitario si autodefinisce autonomo, da ciò deriva che sia le istituzioni europee, sia gli Stati membri sono tenuti a rispettare i diritti fondamentali consacrati nella Carta all'atto dell'applicazione del diritto UE. Tuttavia, in secondo luogo (b) l'interpretazione dei diritti fondamentali va sempre effettuata nell'ambito della struttura e obiettivi dell'UE (visione teleologica). Pertanto l'Art. 53 della Carta è interpretato dalla CGUE - quantomeno in riferimento ai diritti riconosciuti nella Carta che corrispondono a quelli riconosciuti dalla CEDU- in funzione limitante nei confronti dell'Art. 53 della CEDU, il quale, si ricordi, accorda agli Stati Contraenti il potere di stabilire un livello di protezione dei diritti umani più elevato di quello previsto dalla CEDU stessa. Siffatto potereè esercitabile in tanto in quanto il livello di tutela deducibile

dalla Carta, congiuntamente con i principi del primato, unità ed effettività del diritto UE, non siano pregiudicati.

Una volta che si tenga questo presente, è agevole osservare quale sia la posta in palio e quale peso debba attribuirsi alla futura risposta della Consulta al ramoscello d'ulivo teso dalla CGUE nella sentenza M.A.S. Tale risposta è importante, anche alla luce di alcune recenti sentenze della *Bundesverfassungsgericht*, in cui quest'ultima ha adottato un atteggiamento più conciliante rispetto al noto caso *Gauweiler*. Per trattare questo tema con maggiore chiarezza, occorre affrontare i punti 2, 3 e 4.

Quesito n. 2)

È da notare, in proposito, che, mentre il conflittoè stato escluso dalla CGUE nel caso M.A.S., in relazione al principio di legalità, nulla vieta che esso riemerga nello stesso o altri contesti. Infatti, nonostante il Preambolo e l'Art. 52.4 della Carta implichino che i diritti fondamentali emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri siano interpretati conformemente a quelle tradizioni, il rischio di divergenzeè direttamente proporzionale all'atteggiamento che le Corti Costituzionali di questi Stati scelgono di adottare. Il rapporto tra giudici nazionali e legislatore è, in questa ottica, un primo aspetto da considerare e assume una rilevanza maggiore di quanto potrebbe pensarsi di primo acchito. Si ricordi che la CGUE ha tradizionalmente attribuito ai giudici nazionali, *in quanto giudici di diritto europeo*, un ruolo chiave nell'architettura eurounitaria. La Corte del Lussemburgo non si colloca al vertice di una struttura verticale, come *princeps* indiscusso, ma, in linea con la visione "perspettivista" illustrata poc'anzi, istituisce con gli organi giudiziari nazionali un rapporto collaborativo. Ciò è confermato, nel caso di specie, dal paragrafo 39 della sentenza M.A.S, in cui è in primo luogo compito del giudice nazionale competente ottemperare agli obblighi scaturenti dall'Art. 325 TFUE in quanto norma avente efficacia diretta, in particolare l'obbligo di disapplicazione (*rectius*: non applicazione) della norma interna che disciplina la prescrizione e che si trovi in contrasto con il diritto UE (secondo il quale gli interessi finanziari

dell'UE sono tutelati al meglio solo con sanzioni effettive e dissuasive). Tuttavia, tale obbligo incontra dei limiti ogniqualvolta, *dalla prospettiva nazionale*, esso pregiudichi principi cardine della struttura ordinamentale interna, quale, nel caso in esame, il principio di legalità così come interpretato nell'ordinamento di riferimento. È in questo momento che, in virtù del combinato disposto dei paragrafi 41 e 61, entra in gioco il legislatore nazionale, il quale è tenuto, in un regime soggetto ad armonizzazione europea, a garantire che la normativa sulla prescrizione non determini risultati distorti che finiscano troppo di frequente con il danneggiare gli interessi finanziari dell'UE. Pertanto, fermo restando che la CGUE resta competente a verificare la sussistenza delle condizioni perché si producano effetti diretti, cionondimeno è compito del giudice e del legislatore nazionale, con tecniche e ruoli diversi, evitare conseguenze perniciose sia per l'ordinamento nazionale, sia per l'ordinamento europeo - nell'ottica delle cosiddette "tradizioni costituzionali comuni" (e al di fuori del meccanismo dell'Art. 4.2 TUE).

Quesito n. 3)

Come già osservato, il conflitto tra la CGUE e la Corte Costituzionale italiana può ancora ripresentarsi, anzitutto proprio per quanto riguarda l'interpretazione del principio di legalità. Infatti, l'armonizzazione operata dalla direttiva 2017/1371 riguarda primariamente i reati in materia di IVA. Resta tutta da verificare la portata di questa armonizzazione, e, in particolare, se ne derivi, da ora in poi, sempre e comunque l'attribuzione alla disciplina della prescrizione di una natura solo processuale e non anche sostanziale. In altre parole, il contrasto interpretativo sorto in Taricco I e II, motivato essenzialmente da ragioni giuridico-culturali, potrebbe riemergere con maggiore acutezza.

Quesito n. 4)

Il quadro dei rapporti tra la Consulta e la CGUE è stato inoltre reso più complesso a seguito di due recenti sentenze emesse da entrambe le Corti, da un lato la n. 269 del 2017 e dall'altro la sentenza C-322/16 *Global Starnet*. Nella prima sentenza, la Consulta ha anzitutto ribadito il tradizionale schema della c.d. "doppia pregiudizialità". Ove sorga un contrasto tra diritto interno e norma UE *self-executing*, la combinazione dei principi del primato del diritto UE e del primato della legge nazionale con conseguente soggezione del giudice solo ad essa (Art. 101 Cost.) impone un "obbligo di non applicazione" in capo al giudice, mentre laddove il contrasto sorga con una norma UE che non esplica efficacia diretta (previa eventuale verifica mediante ricorso alla CGUE) il giudice è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale e rimettere la palla nel campo della Consulta. Senonché (e qui sta la novità della sentenza), poiché, a seguito dell'attribuzione alla Carta dei diritti di efficacia vincolante con la ratifica del Trattato di Lisbona, principi e diritti enunciati nella Carta (e, corrispondentemente, nella CEDU) si sovrappongono ai principi e diritti enunciati nella Costituzione, ne deriva che, ai fini della tutela più efficace degli stessi *a livello di sistema*, occorre un intervento *erga omnes* della Corte Costituzionale. Pertanto, "fermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale", tutte le volte che si manifesti una violazione tanto della Carta dei diritti quanto della Costituzione, la pregiudizialità costituzionale diventa prioritaria rispetto alla pregiudizialità eurounitaria anche in quei casi in cui le norme della Carta siano *self-executing*. Il conferimento alla Consulta di un ruolo più intenso in queste circostanze sarebbe in linea sia con l'Art. 53 della Carta, sia con l'esistenza nell'ordinamento italiano del sindacato accentrato di costituzionalità (Art. 134 Cost.).

E' agevole constatare come la tendenza all'avocazione accentratrice da parte della Corte Costituzionale possa ricondurre i rapporti interordinamentali su un terreno conflittuale che può essere evitato o circoscritto, soprattutto ove si rifletta sulla seconda sentenza menzionata sopra, in cui la Corte del Lussemburgo ha concluso che la disciplina nazionale contenente nuove condizioni per l'esercizio

dell'attività professionale da parte di soggetti già concessionari nel settore della gestione telematica del gioco lecito è compatibile con il diritto UE (nel caso di specie, gli Art. 49 e 56 TFUE sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione dei servizi, nonché il principio del legittimo affidamento), laddove il giudice nazionale ritenga che detta disciplina sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale e ottemperi al principio di proporzionalità. Ora, tale ultima sentenza è esemplificativa del modo di funzionamento del diritto UE e il settore del mercato interno si presta particolarmente bene a indicare in che termini si sviluppi il rapporto tra giudice del rinvio (tipicamente, il giudice ordinario), la CGUE ed eventualmente la Corte Costituzionale (senza tralasciare il legislatore nazionale). Infatti in *Global Starnet* la CGUE non fa che tappezzare il testo di richiami alla funzione collaboratrice del giudice nazionale *in quanto giudice di diritto europeo*. In una situazione tipica, in cui manca l'azione armonizzatrice dell'UE, data la delicatezza del settore dei giochi d'azzardo (caratterizzato da differenziazione legislativa nei vari Stati membri proprio in ragione di fattori religiosi, culturali e morali) è ovvio che a tali Stati debba essere lasciato un ampio margine di discrezionalità. Cionondimeno la libertà degli Stati membri va esercitata entro certi limiti e i paletti sono fissati dal diritto UE - vale a dire, i principi generali del diritto UE e i diritti fondamentali indicati nella Carta. In un contesto del genere, chi meglio del giudice nazionale è in grado di verificare la sussistenza delle condizioni nel rispetto delle quali è dato spazio di manovra alla disciplina interna? E infatti, a titolo di esempio, la CGUE affida al giudice del rinvio il compito di individuare gli obiettivi effettivamente perseguiti dalla disciplina interna (par. 43), di accertare se tale disciplina sia conforme ai principi del legittimo affidamento, certezza del diritto e libertà d'impresa (parr. 45 e 49), e, in ultima istanza, di assicurarsi che i criteri della proporzionalità siano rispettati, così come elaborati dalla giurisprudenza della CGUE in materia (par. 52).

Senza entrare nel dettaglio del ragionamento della Corte del Lussemburgo al riguardo, è proprio alla luce di questi principi che si deve intendere l'altra conclusione della sentenza *Global Starnet*, con cui si ribadisce fermamente che non solo il principio del primato del diritto UE, ma anche la struttura di cooperazione tra la CGUE e i giudici nazionali e la stessa efficacia del diritto UE impongono che,

conformemente all'Art. 267 TFUE, il giudice nazionale sottoponga alla CGUE questioni relative all'interpretazione e validità del diritto UE, a prescindere dall'esistenza di un ricorso obbligatorio alla Corte Costituzionale e anche qualora quest'ultima si sia espressa sulla legittimità costituzionale delle norme nazionali corrispondenti alle norme UE.

Concludendo, ad avviso di chi scrive, il ruolo dei giudici ordinari non andrebbe mortificato, ma al contrario esaltato in funzione del meta-principio della "sicurezza del progetto europeo". Si comprendono i dubbi circa il rischio che i giudici ordinari siano indotti in tentazione e finiscano con il censurare norme interne per l'esistenza di supposte antinomie con la Carta UE anche quando non sia strettamente necessario. Parimenti si comprende il timore che la Consulta veda il proprio ruolo in qualche modo sminuito dalla contestuale azione della CGUE e dei giudici ordinari. Tuttavia, allo scopo di evitare ulteriori e più aspri conflitti nel futuro, una soluzione potrebbe essere quella di lasciare a tali giudici, in ciascun caso concreto che siano chiamati di volta in volta ad affrontare, la facoltà di operare l'uno o l'altro rinvio. Davvero sarebbe la Consulta pronta ad uno scontro frontale con il giudice nazionale e il giudice sovranazionale *in tandem*, legati a doppio nodo da uno schema collaborativo oramai ben collaudato? Andrebbero da evitare, in tal senso, impostazioni che partano da una presunta superiorità del diritto UE, così come anche l'opposto - visioni predeterminate, in cui la tutela dei diritti fondamentali fornita dalla Costituzione italiana è per definizione, sempre e comunque, più elevata di quella fornita da norme costituzionali sovranazionali.

***

Andrea Guazzarotti

Quesito n. 1)

Il principio dell'uniforme *interpretazione* del diritto UE è un principio sicuramente iscritto nei trattati (art. 267 TFUE),

diversamente da quello dell'uniforme *applicazione*, il quale postula il supporto del principio del *primato* del diritto UE. L'esplicitazione solenne e formale di quest'ultimo principio giurisprudenziale nei Trattati dell'UE non è avvenuta che con l'abortito trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa (Roma 2004). La paziente opera di recupero dei materiali di tale Trattato, dopo la bocciatura dei referendum francese e olandese del 2005, ha condotto all'esito del Trattato di Lisbona del 2007, nel quale il primato non è stato formulato. Se ne può concludere, con tutta l'approssimazione del caso, che quando il primato (assieme ad altri principi più scopertamente federalisti) viene esplicitato, esso viene rigettato dai popoli degli Stati membri, mentre quando rimane nella più discreta veste di principio giurisprudenziale, esso sopravvive grazie alla insostituibile condiscendenza della rete delle corti nazionali degli Stati membri. Più che sulla legittimazione popolare dei cittadini europei, il primato continua a poggiare sulla collaborazione tra giudice dell'Unione e giudici nazionali, corti costituzionali in testa. Degno di nota come, nella stessa ordinanza n. 24/2017 della nostra Corte costituzionale (che ha sollevato la questione poi decisa con la *Taricco II* della Corte di giustizia), la Consulta richiami ripetutamente il principio del primato (in termini testuali), quale strumento regolatore dei rapporti tra diritto nazionale e diritto UE, quasi a voler riconoscere che non esiste altro punto di vista diverso da quello dell'Unione per ricostruire i rapporti tra ordinamenti. Nello stesso tempo, però, in quell'ordinanza la Consulta ha rilevato che l'ordinamento UE deriva la sua legittimazione dal pluralismo (art. 2 TUE), ossia dalla capacità di includere un «tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4.2 TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri» (C. cost. 24/2017, punto 6). In sostanza, viene rammentato alla Corte di giustizia che i limiti del suo operato risiedono nella stessa volontà degli Stati membri di fondare l'integrazione europea sulle proprie costituzioni e non sul mero diritto internazionale. Senza giungere a chiamare gli stati i "Signori dei Trattati", come invece è solito fare il Tribunale costituzionale tedesco, la Consulta indirettamente afferma che tale volontà degli stati è a sua

volta interpretata e fatta valere (anche) dalle corti costituzionali nazionali, eventualmente in opposizione alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Consapevole di tale delicato equilibrio istituzionale, la Corte di giustizia ha evitato di premere l'acceleratore sul pedale dell'uniforme applicazione del diritto UE, lasciando spazio alle esigenze delle peculiari culture e tradizioni costituzionali sulla tutela dei diritti fondamentali. Lo ha fatto, però, non secondo una rigida logica competenziale, che pure era stata abbozzata nell'ordinanza della nostra Corte costituzionale. Secondo il protocollo prefigurato nell'ordinanza n. 24/2017 (punto 7), in presenza di una supposta esigenza di preservare elementi dell'«identità costituzionale» nazionale, l'art. 4.2 TUE implicherebbe una riserva a favore delle autorità nazionali (Corti costituzionali in testa) sulla valutazione di compatibilità tra diritto UE e identità costituzionale nazionale. Ma la parola «identità costituzionale», usata per quattro volte nell'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, non ricorre mai nella sentenza *Taricco II* della Corte di giustizia. Più prosaicamente, la Corte di giustizia ammette che autorità e giudici nazionali applichino *standard di tutela dei diritti fondamentali «nazionali»*, ma «a patto che [ciò] non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione» (§ 47). Qui, invero, si tocca con mano il livello di compromissorietà della pronuncia *Taricco II*, posto che non è affatto vero che l'effettività del diritto dell'Unione non sia messa in pericolo da quello standard *nazionale* di tutela dei diritti: l'art. 325 TFUE è compromesso, tant'è vero che la Corte di giustizia afferma la necessità per il legislatore nazionale di porre rimedio all'attuale condizione normativa della lotta alle frodi IVA in Italia, con un'adeguata riforma del sistema della prescrizione (§§ 41, 42 e 61). L'acrobazia argomentativa della Corte di giustizia è, infatti, quella di voler riaffermare la natura di norma avente effetto diretto dell'art. 325 TFUE (a conferma della *Taricco I*), allo stesso tempo consentendo ai giudici nazionali di sottrarsi agli effetti obbliganti di tale qualificazione qualora ciò li porti a confliggere con la *versione domestica* del principio di legalità dei reati e delle pene. Pur essendo quest'ultimo un principio facente parte a pieno titolo del diritto primario dell'UE (sia in quanto sancito dalla Carta, art. 49, che in quanto tradizione costituzionale comune agli Stati membri: § 51-

55), esso non confligge con la lettura dell'art. 325 TFUE quale norma abilitante la disapplicazione di ogni normativa nazionale che osti «all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive per combattere le frodi lesive degli interessi finanziari dell'Unione» (§ 39). Un simile contrasto si produrrebbe solo in ordinamenti come l'italiano, ove la natura sostanziale delle norme sulla prescrizione inducono a includere queste ultime nel principio di legalità penale.

Quesito n. 3)

La sentenza *M.A.S.* (o *Taricco II*) della Corte di giustizia aggiunge, poi, un tassello al quadro precedente: la direttiva (UE) 2017/1371 (c.d. direttiva PIF) non avrebbe accolto la natura sostanziale delle discipline nazionali sulla prescrizione dei reati contro gli interessi finanziari dell'UE (§§ 44 e 45). Ci si potrebbe, allora, chiedere se quello che non poteva imporre ai giudici italiani l'art. 325 TFUE possa invece essere imposto dalla direttiva PIF. La notoria giurisprudenza della Corte di giustizia sui limitati effetti *in malam partem* delle direttive non sembra essere risolutiva. Se, infatti, è vero che una direttiva, da sola, non potrebbe mai comportare l'insorgere o l'aggravio della responsabilità penale di un soggetto, tale assunto vale nella misura in cui si sia in presenza di norme penali sostanziali. Una volta escluso che la disciplina della prescrizione dei reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE rivesta natura sostanziale, la conclusione potrebbe essere quella per cui il combinato disposto di direttiva PIF e art. 325 TFUE conduce all'obbligo per i giudici di disapplicare le disposizioni nazionali contrarie alla norma di scopo (avente – in astratto – effetti diretti) espressa dall'art. 325 TFUE. Come si vede, la Corte di giustizia consegna al giudice del rinvio (la Consulta) una sorta di rompicapo giuridico (aggravato, fra l'altro, dal fatto che la direttiva PIF non è stata approvata sulla base giuridica dell'art. 325, bensì dell'art. 83 TFUE), la cui soluzione potrebbe forse essere rinviata alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva PIF, sperando che nel frattempo il legislatore italiano provveda a riformare la disciplina della prescrizione oggetto delle sentenze *Taricco I* e *Taricco II*.

Quesito n. 2)

L'altro rompicapo giuridico racchiuso delle motivazioni della *Taricco II* è dato dal passaggio (§ 41) in cui la Corte di giustizia afferma che «(s)petta, *in prima battuta*, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione» rispettose dell'art. 325 TFUE (nell'interpretazione datane dalla *Taricco I*). Il che sembra implicare che, "in seconda battuta", ossia in via suppletiva e a fini di porre riparo all'inerzia legislativa, ai giudici nazionali sia consentito ricorrere alla disapplicazione delle norme nazionali sulla prescrizione onde conformarsi all'art. 325 TFUE. Del resto la Corte di giustizia, in più di un passaggio e nello stesso dispositivo, affida ai giudici nazionali la valutazione sul proprio potere di disapplicare tali disposizioni sulla prescrizione. La Corte UE, per essere più precisi, non dice: siccome le norme sulla prescrizione rientrano, nell'ordinamento italiano, nel diritto sostanziale nazionale, allora è per principio vietato al giudice nazionale disapplicarle, pena la violazione del principio di legalità penale ex art. 49 della Carta di Nizza. Ciò è, in sostanza, quello che normalmente la Corte di giustizia risponde ai giudici nazionali quando questi le chiedono di interpretare una direttiva nel senso di derivarne effetti *in malam partem* contro un soggetto imputato nell'ambito del processo penale pendente ove è insorta la pregiudiziale comunitaria (il caso *Berlusconi docet*: sentenza del 3 maggio 2005, Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02). In questo caso, diversamente, la Corte di giustizia lascia aperta la via della produzione di effetti penali *in malam partem* derivanti dall'arrt. 325 TFUE, i quali saranno esclusi a discrezione dei giudici nazionali (italiani), qualora essi reputino che una disapplicazione delle norme sulla prescrizione contrarie all'art. 325 TFUE sia affetta da «insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (§§ 59, 62 e 63). Questo passaggio, ripetuto tre volte nella motivazione della *Taricco II*, ha duplice valenza: da un lato, esso vale a escludere la volontà della Corte di giustizia di risolvere la questione precisando il test della *Taricco I*, così da ridurre il margine di discrezionalità lasciato ai giudici nazionali

nel dare effetto diretto all'art. 325 TFUE (come pure era stato prospettato da parte della dottrina). E, fin qui, esso assume valenze "pacificatrici" del rapporto con la Corte costituzionale. Da un altro lato, però, tale passaggio ha anche il valore (più ambiguo) di affidare comunque ai giudici nazionali la valutazione (caso per caso?) circa il grado di prevedibilità e determinatezza della norma "creata" dalla *Taricco I*, attraverso l'interpretazione innovativa dell'art. 325 TFUE. Il che spiegherebbe anche l'altro passaggio in cui la Corte di giustizia afferma che la norma formulata nella *Taricco I* non può essere applicata nei «procedimenti relativi a persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA *prima* della pronuncia della sentenza Taricco» (§ 60, corsivo aggiunto). In questo modo, la *Taricco II* riqualifica la *Taricco I* come un "prospective overruling", a tutela della certezza del diritto. Ma resta, appunto, il dubbio sui poteri del giudice nazionale in assenza del doveroso intervento del legislatore nella delicata materia della prescrizione dei reati contro gli interessi finanziari dell'UE.

Quesito n. 4)

Il rebus precedente potrebbe essere risolto a partire dal fatto che la Corte di giustizia sta rispondendo a un giudice *a quo* tutto particolare, rispetto a una questione insorta (ai sensi dell'art. 267 TFUE) non per la risoluzione di un caso concreto, bensì per la risoluzione di una questione di legittimità costituzionale sulla norma derivata dall'art. 325 TFUE per opera della *Taricco I*. Insomma, sebbene la Corte di giustizia sembri parlare a *tutti* i giudici comuni italiani, nel caso in questione essa sta aiutando la Corte costituzionale a risolvere, *una volta per tutte e nei confronti di tutti i giudici penali italiani*, la questione dell'incostituzionalità parziale della legge d'esecuzione dei Trattati europei, laddove questa pretenda introdurre nell'ordinamento italiano la norma sugli effetti diretti dell'art. 325 TFUE, come formulata dalla *Taricco I*. Starà pertanto alla Corte costituzionale valutare, con presunzione *iuris et de iure*, che il test fornito dalla *Taricco I* per la disapplicazione delle norme sulla prescrizione dei reati per frode sull'IVA è *sempre e comunque* contrario al principio (nazionale e dell'UE) di legalità penale.

Veniamo, così, all'ultimo addentellato del rebus, ossia alla forza vincolante della decisione della Consulta che dovrà recepire la sentenza *Taricco II*: non potendo che trattarsi di una sentenza interpretativa di rigetto (e non d'accoglimento, altrimenti salterebbe la logica conciliativa del "dialogo tra corti"), occorre chiedersi se i giudici comuni seguiranno l'interpretazione uniformante della Consulta o preferiranno infilarsi nelle pieghe più ambigue della motivazione della *Taricco II*. Come noto, in passato la Cassazione ha in più di un'occasione mostrato di voler ritenere vincolanti anche le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, ogni qual volta dalla loro motivazione emerga chiaramente che l'interpretazione esclusa contrasti con i parametri costituzionali scrutinati. Si spera che, almeno fino alla scadenza della direttiva PIF, la Cassazione (la cui Sez. III penale ha formulato una delle questioni sfociate nell'ordinanza n. 24/2017), si dimostri pienamente collaborativa con la sentenza interpretativa di rigetto della Consulta che quasi sicuramente chiuderà questa puntata della saga *Taricco*.

***

Nicola Lupo

Quesito n. 1)

La natura "composita" della Costituzione *quo utimur* presuppone, prima nelle carte fondamentali e poi, soprattutto, nei loro interpreti, la capacità di non assolutizzare i principi e i valori di cui queste si fanno portatori. Così come la Costituzione italiana, nell'art. 11 Cost., riconosce limitazioni alla sua sovranità, i trattati europei accompagnano l'affermazione del primato del diritto UE – peraltro, come è noto, non incluso nei trattati, ma che, come chiarito sin dall'inizio della Corte di giustizia, rappresenta un presupposto ineludibile per la funzionalità dell'ordinamento dell'Unione – con il richiamo sia alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (art. 6, par. 3, TUE), sia alle identità costituzionali di ciascuno Stato membro (art. 4, par. 2, TUE). I trattati europei danno così prova di notevole *self-restraint*: da un lato, inglobando quali "principi generali"

del diritto dell'Unione i diritti fondamentali come garantiti dalla Convenzione EDU e come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni; dall'altro, impegnandosi a rispettare le identità nazionali insite nella "struttura fondamentale, politica e costituzionale", di ciascuno Stato membro.

Allo stesso modo, quando si passa al piano degli interpreti, trovo che la Corte di giustizia, con la sentenza M.A.S., abbia risposto correttamente e, per così dire, "a tono" alla Corte costituzionale. Quest'ultima, infatti, nell'ordinanza n. 24 del 2017, aveva evitato di seguire alcune voci dottrinali che, a mo' di sirene tentatrici, la spingevano ad affermare aprioristicamente e in chiave appunto assolutizzante un principio costituzionale pur essenziale, il principio di legalità in materia penale, quale "controlimite" da far valere rispetto al diritto dell'Unione; ed aveva preferito chiedere piuttosto alla Corte di giustizia di rivalutare, soprattutto alla luce di una più attenta considerazione delle caratteristiche dell'ordinamento costituzionale italiano, la propria pronuncia nel "caso Taricco", così dimostrando di voler percorrere pure su questioni spinose quel canale che essa stessa aveva (un po' tardivamente) deciso di aprire, anche nei giudizi in via incidentale, con la ordinanza n. 207 del 2013. In modo analogo, nella sentenza M.A.S., la Corte di giustizia ha accuratamente evitato di accodarsi alla lettura assolutizzante dell'ordinamento dell'Unione europea che era stata proposta dall'Avvocato generale Bot – il quale si era spinto a negare, in buona sostanza, che la Corte costituzionale potesse individuare i diritti che compongono l'identità costituzionale italiana ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE e a sostenere che questo compito spettasse alla Corte di giustizia – e, con una motivazione assai accorta ad aggirare i principali scogli, il più irto dei quali era sicuramente quello dei "controlimiti", sollevato con la terza questione posta dalla Corte costituzionale – ha invece rimeditato l'interpretazione a suo tempo fornita.

In concreto, specie alla luce di quanto si è appena osservato, non mi pare che il temperamento del principio dell'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea in nome del rispetto dei diritti fondamentali rappresenti un elemento idoneo a destare preoccupazione. Se il riconoscimento dei diritti fondamentali ha un senso nell'ordinamento dell'Unione europea, ciò vuol dire che la loro garanzia deve essere fatta valere, anche a costo di attenuare – come

avviene sempre tra principi costituzionali, nella logica del bilanciamento – uno dei principi-cardine su cui quell'ordinamento si è tradizionalmente fondato. I diritti fondamentali, inoltre, secondo quanto affermato dagli stessi trattati, non sono unicamente quelli riconosciuti dal diritto dell'Unione, ma altresì quelli derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni e persino – vista la natura "composita" della Costituzione europea – quelli che fanno parte delle identità costituzionali di ciascuno Stato membro. Ed è quindi naturale che alla loro interpretazione concorrano attivamente anche i giudici nazionali e *in primis*, ove esistenti, le Corti costituzionali.

Del resto, una volta che le norme UE incidono, per effetto del cammino fatto dal processo di integrazione europea, su settori assai delicati e sulla sfera di libertà e di dignità della persona, è comprensibile che le logiche del primato del diritto UE, che si sono affermate quando queste riguardavano pressoché esclusivamente la formazione del mercato interno, divengano più articolate e, per così dire, meno lineari. Non pare questa, come si evince dalle succitate disposizioni dei trattati, la volontà del diritto primario dell'Unione, e sarebbe curioso se l'apodittica affermazione del primato del diritto UE fosse tale da potersi estendere in modo indiscriminato e assolutizzante, comprimendo i diritti fondamentali dei cittadini, per come garantiti (storicamente, anzitutto) dalle Costituzioni nazionali e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Quesito n. 2)

Un'altra delle indicazioni generali che si possono trarre, sin qui, dalla "saga Taricco" consiste nel fornire l'ennesima conferma di un elemento che dovrebbe essere pacifico, e che invece non lo è: ossia, che la tutela dei diritti fondamentali non spetta esclusivamente ai giudici, nazionali o europei che siano, ma richiede un contributo essenziale anche da parte del legislatore.

L'idea – affermatasi soprattutto negli Stati Uniti, ma che ha avuto notevole seguito anche presso la dottrina italiana – secondo cui la tutela dei diritti fondamentali sia affare pressoché esclusivo dei giudici sta mostrando, in questi anni, tutti i suoi limiti. Specie allorquando i giudici siano giudici comuni, sprovvisti perciò – in Italia

come nella maggior parte degli Stati membri dell'UE, che adottano sistemi accentrati di giustizia costituzionale – della possibilità di dichiarare invalida una legge con efficacia *erga omnes*, ma anche laddove si tratti di giudici costituzionali, il loro intervento spesso non è sufficiente, da solo, ad assicurare un'adeguata tutela dei diritti fondamentali.

Resta perciò essenziale, sia sul piano teorico, sia, soprattutto, in concreto, che il legislatore non rinunci al proprio ruolo di soggetto chiamato ad inverare e ad attuare i diritti fondamentali "in prima battuta", lasciando poi ai giudici, costituzionali e non, il compito di valutare, di regola "in seconda battuta", se e in che misura la tutela apprestata dal legislatore risulti essere adeguata e in linea con le enunciazioni contenute – a seconda delle fattispecie concrete in giudizio – nella Convenzione EDU, nella Carta dei diritti fondamentali o nella Costituzione italiana. Certo, se poi il legislatore, come purtroppo è spesso accaduto nel caso italiano, sulle questioni più delicate tace, non fornendo nessun tipo di tutela in particolare ai "nuovi" diritti fondamentali, a quel punto è inevitabile che lo spazio per il potere giurisdizionale, in tutte le sue articolazioni, finisca per ampliarsi, e non di poco.

La "saga Taricco", in fondo, nasce proprio per un'azione quanto meno poco accorta e poco consapevole da parte del legislatore italiano, il quale, con la legge 5 dicembre 2005, n. 251 (nota anche come "ex Cirielli"), modificò la disciplina sui termini di prescrizione, in senso riduttivo, sostituendo integralmente l'art. 157 del codice penale (con la finalità, come è noto, anche di incidere su processi in corso, tra cui il processo IMI-SIR, che vedeva tra gli imputati l'allora deputato Previti).

Ebbene, uno degli elementi innovativi della sentenza M.A.S. rispetto alla sentenza Taricco consiste proprio nel chiarire come gli obblighi di cui all'art. 325 TFUE si riferiscano anzitutto al legislatore, prima che al giudice nazionale: "spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'art. 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco" (sentenza M.A.S., punto 41). In questa chiave, tra l'altro, la Corte di giustizia può giustificare meglio quel riferimento al "numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA", che, come la

Corte costituzionale ha correttamente sottolineato, comporta una valutazione discrezionale difficilmente richiedibile ad un giudice, ma del tutto ammissibile ove rivolta, invece, al legislatore.

Quesito n. 3)

Il quesito credo sia da indirizzare soprattutto agli studiosi di diritto penale. Ad ogni modo, proprio l'intervento del legislatore europeo in materia, con la Direttiva (UE) 2017/1371, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, mi pare rappresentare un'ottima occasione per affrontare, ed auspicabilmente per sciogliere un nodo di fondo dell'ordinamento italiano. Ed è importante che su tale nodo – a regime e *pro futuro* – sia chiamato ad esprimersi anche, e forse per primo, il legislatore, ora che è tenuto a recepire la direttiva.

Laicamente, ritengo che, come spesso accade, alcuni istituti tradizionali dell'ordinamento italiano debbano fare i conti con i condizionamenti derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea: condizionamenti che non derivano unicamente dal diritto UE, ma anche da quelle che sono le opzioni prevalenti negli altri Stati membri. A ennesima conferma che le tradizioni (costituzionali e non) comuni contano e che un ruolo essenziale spetta, nell'analizzarle, al diritto comparato.

Un'altra importante novità, anch'essa proveniente dal legislatore europeo, deriva dalla recente istituzione, grazie ad una cooperazione rafforzata, della "procura europea": il riferimento è al Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»). È evidente come anche tale opzione spingerà nella direzione di una più marcata armonizzazione delle norme penali e di procedura penale tra i (venti) Paesi aderenti.

Quesito n. 4)

Ho pochi dubbi sul fatto che la Corte costituzionale abbia accolto positivamente l'esito della sentenza M.A.S., e mi immagino perciò una decisione che ne confermi le linee interpretative di fondo (anche se su quale sia il dispositivo più idoneo le soluzioni possono essere diverse). Quel che conta è che la via – che inizialmente poteva apparire assai stretta – volta ad evitare la contrapposizione frontale con la Corte di giustizia, e con l'ordinamento dell'Unione europea, ma a far presente, con chiarezza, le proprie posizioni e i princìpi che operano nell'ordinamento italiano, peraltro in coerenza con la Convenzione EDU e con la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è risultata assolutamente vincente e ha portato la Corte di giustizia, se non a rinnegare quanto già affermato, quando meno a precisarlo meglio e ad attenuare alcuni eccessi.

Più in generale, ha pagato la scelta della Corte costituzionale, compiutasi appieno solo a partire dalla già ricordata ordinanza n. 270 del 2013, di superare quello che era stato a lungo una sorta di tabù, e di attivare il confronto diretto con la Corte di giustizia, mediante la procedura del rinvio pregiudiziale. Non dobbiamo dimenticarci che in questa procedura è fondamentale *come* viene formulata la domanda alla Corte di giustizia, e altresì, in certa misura, *chi* la pone. Si discute tanto – a mio avviso anche troppo – del "diritto all'ultima parola", ma spesso nel dialogo tra i giudici conta di più chi ha (perché gli spetta, o perché se la prende da solo) la prima parola, e riesce così a delineare correttamente il nodo interpretativo e a porre un quesito che conduca ad una certa gamma di soluzioni piuttosto che ad altre. Del resto, come è noto, in un ordinamento pluralistico e a più livelli, l'ultima parola finisce, un po' paradossalmente, per non averla nessun giudice, mentre il giudice che parla per primo ha l'opportunità di delineare le questioni giuridiche, di inquadrarle e, spesso, anche di suggerire una o l'altra risposta, nel proprio ordinamento e talvolta pure al di fuori di questo.

Appunto in questa chiave, sempre con riferimento alla "saga Taricco", va ricordato che la questione pregiudiziale originariamente sollevata (dal Tribunale di Cuneo) non aveva ben centrato il nodo: essa si riferiva, infatti, all'interpretazione degli artt. 101, 107 e 119 TFUE, nonché dell'art. 158 della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28

novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto. È stata perciò la Corte di giustizia a dover riformulare una delle quattro questioni sottopostele riferendola, sulla base della motivazione dell'ordinanza, alla più generale compatibilità del diritto UE, e quindi con l'art. 325 TFUE (punti 35-37 della sentenza Taricco). Ed è probabile che tutto questo non abbia agevolato lo svolgimento di un adeguato lavoro preparatorio della sentenza in questione, anzitutto per quel che concerne le parti di quel giudizio, in particolare quanto alle sue ricadute sull'ordinamento italiano.

In questo contesto, mi pare più che comprensibile che – non a caso, pochi giorni dopo la sentenza M.A.S. della Corte di giustizia – la Corte costituzionale abbia inserito, nella motivazione della sentenza n. 269 del 2017, un *obiter dictum* assai significativo (e nel quale richiama sia tale pronuncia, sia la sua ordinanza n. 24 del 2017, che la aveva originata), evidentemente volto ad assicurare un suo maggiore coinvolgimento, rispetto al passato, nell'interpretazione e nell'attuazione della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Finora, a questo proposito, il ruolo più significativo lo hanno giocato – nell'ordinamento italiano – i giudici comuni. Era stata, del resto, la stessa Corte costituzionale a chiamarsi in qualche modo fuori dal confronto, rifiutandosi di percorrere la via del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia, invitando i giudici comuni a farlo e, in quegli stessi anni, altresì liberandosi con lo strumento dell'inammissibilità di una serie di delicate questioni aventi ad oggetto la garanzia di diritti fondamentali. Ora, forte anche dell'esito, come si è visto assai incoraggiante, della "saga Taricco", la Corte costituzionale pare intenzionata a rientrare nella partita e a esercitare il ruolo che, in un sistema a controllo accentrato di legittimità costituzionale delle leggi, le spetta. Va da sé che, poi, questo ruolo dovrà essere in grado di svolgerlo anche in pratica, e non solo in teoria, in modo equilibrato ed efficace – come a mio avviso ha fatto nella "saga Taricco" – se non vorrà rischiare di essere nuovamente collocata ai margini del circuito di garanzia dei diritti fondamentali in Europa. Da costituzionalista, e da italiano, non posso che augurarmi che ci riesca, perché è presumibile che in tal modo i principi e i valori della Costituzione del 1948 potranno trovare ingresso, in chiave non assolutizzante, nella Costituzione "composita" dell'Unione europea.

***

Vittorio Manes e Nicola Recchia

Quesito n. 1)

La vicenda *Taricco* rappresenta un decisivo spartiacque nei rapporti tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali e nelle relazioni tra Corte di giustizia e corti costituzionali interne. "*Primauté*", "effetti diretti", controlimiti, differenti *standard* di tutela dei diritti fondamentali, sino al profilo dell'identità nazionale, e di chi debba esserne custode: non vi è tema portante del processo di integrazione europea che non sia stato toccato da questa vicenda.

Nella tappa più recente – e forse maggiormente significativa – della "saga", la Corte di giustizia ha scelto di fare un passo indietro rispetto al *judicial adventourism* della decisione *Taricco*, scongiurando dunque un conflitto con la Corte costituzionale, che aveva con molta chiarezza – e con garbata perentorietà – segnato i confini della "tolleranza costituzionale".

L'*esprit d'escalier* indotto dall'ordinanza n. 24 del 2017 ha preso corpo, nella sentenza *M.A.S.* (o *Taricco II*), nella facoltà rimessa al giudice domestico di disattendere l'obbligo di disapplicazione della disciplina interna precisato nella sentenza *Taricco*, in particolare ove tale "obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene", e ciò anche "qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione" (§ 61).

Chiaro, quindi, il "canone inverso" rispetto a *Taricco*, e il contrappunto rispetto ad un obbligo di disapplicazione comunque riaffermato in linea di principio.

Chiara anche l'urgenza politica che ha mosso la Grande Sezione, che sembra aver percepito di essere di fronte ad un bivio vertiginoso, o forse ad un autentico *one shot game*: dove ribadire l'efficientismo dell'armonizzazione comunitaria, *coûte que coûte*, avrebbe potuto

avere conseguenze rovinose per il lungo e faticoso terreno guadagnato sul campo dell'armonizzazione penale. A questo bivio, dunque, meglio accettare una parziale – ma sostanziale – inversione di rotta: (non *mors*, bensì) *vita tua, vita mea*.

Sennonché, come spesso capita, l'urgenza politica ha messo in ombra le ragioni giuridiche, e da questo punto di vista la pronuncia della Grande Sezione potrebbe non apparire un "*grand arrêt*".

Non appare così chiara, infatti, l'argomentazione su cui si fonda la "retromarcia" e soprattutto più difficile è comprendere come quest'ultima sentenza debba essere letta rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte e, in primo luogo, rispetto al precedente *Melloni*: precedente, quest'ultimo, neppure citato dalla sentenza *M.A.S.*, che del resto non fa alcun riferimento esplicito all'art. 53 della CDFUE.

Potrebbe forse valere a spiegare questa decisione, in rapporto al diverso esito della vicenda *Melloni*, quanto già affermato dalla nostra Corte costituzionale, così che il *discrimen* tra i due casi, e dunque la possibilità o meno di opporre al primato del diritto europeo la necessità di tutelare standard costituzionali più elevati di tutela dei diritti fondamentali, andrebbe riconnessa all'avvenuta armonizzazione o meno dell'ambito nel quale si interviene. In questa prospettiva, la Corte di giustizia sembrerebbe implicitamente riconoscere che in un ambito nel quale non vi è stato nessun intervento da parte del legislatore europeo (nell'ambito della competenza concorrente prevista dal Trattato), e quindi in presenza di una disciplina esclusivamente nazionale, deve riconoscersi a ciascun ordinamento anche una maggiore discrezionalità nella scelta dello *standard* di tutela nel medesimo ambito dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento interno. In quest'ottica, potrebbe allora forse leggersi la volontà della Corte di giustizia di limitare il *decisum* alla data della vicenda *Taricco* e dunque a prima che, attraverso la direttiva PIF, si provvedesse a livello europeo all'armonizzazione di questa materia (cfr. §§ 44 s.); a ricordare dunque che da quel momento sarà da applicarsi la diversa e più stringente giurisprudenza *Melloni*.

In ogni caso, e quali che siano i motivi alla base del *distinguishing* della Corte di giustizia rispetto al caso *Melloni*, si può constatare che, pur nella diversità dei casi, quella posizione così *tranchante* rispetto alla possibilità di una maggiore tutela dei diritti

fondamentali – e il sostanziale aggiramento dell'art. 53 della Carta che la ispirava – abbia trovato nella sentenza in esame un'altra rilevante battuta d'arresto, dopo l'altra e importante smentita avutasi nel caso *Aranyosi e Căldăraru*. Possibile che questa resipiscenza sia stata sollecitata dalla levata si scudi che alla sentenza *Melloni* hanno opposto autorevoli tribunali costituzionali europei e, da ultimo nel caso *Taricco*, dalla nostra Corte costituzionale; e solo il successivo evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia dirà se si tratta di un *trend* di maggiore tutela degli standard più elevati di tutela dei diritti fondamentali che andrà consolidandosi, facendo della *primauté* del diritto europeo un valore certo essenziale, ma mai tirannico per i *Grundrechte*.

Difficile però sfuggire all'impressione che la cooperazione giudiziale in materia penale – la vera forza motrice dell'armonizzazione eurounitaria *in criminal matters* – sia un ambito più gelosamente custodito dalla Corte di Lussemburgo, che appare meno disposta tollerare resistenze nazionali, ancorché di tono costituzionale.

Quesito n. 2)

Come si sa, la sentenza *Taricco* è apparsa a molti una "rivoluzione copernicana", e "sovversiva" rispetto agli stessi tracciati giurisprudenziali della Corte di giustizia, per l'inedito riconoscimento di un effetto diretto all'art. 325 TFUE, con ricadute *in malam partem* sul trattamento penalistico del singolo. Avevamo osservato, al riguardo, come si giungesse in tal modo a "snaturare, in sostanza, la stessa teoria degli effetti diretti, originariamente affermata per non far ricadere sugli individui l'inadempimento statale, e qui trasformata nel suo esatto contrario, facendo sorgere proprio dall'inadempimento statale un aggravamento della situazione giuridico-penale dei singoli, con l'effetto di soggiogare all'armonizzazione gli stessi diritti fondamentali".

Proprio su questo punto, è noto, la Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia, aveva deciso di fare *epoché*, "non pone[ndo] in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE", forse per evitare

affermazioni eccessivamente impegnative, e troppo sospinte *in munere alieno*.

Solo ad un primo sguardo superficiale, nulla parrebbe mutato anche dopo la sentenza *M.A.S.* della Corte di giustizia, che si premura di ribadire in tutta la prima parte della sentenza la perdurante validità di quanto già affermato nella sentenza *Taricco* e, innanzitutto, del riconoscimento degli effetti diretti promananti dall'art. 325 del TFUE (cfr. § 39).

Eppure, a leggere la sentenza della Corte di giustizia, con difficoltà si riescono a scorgere i tratti caratterizzanti dell'effetto diretto, che appare sempre più, una creatura proteiforme che la Corte, volta a volta, afferma o nega.

In primo luogo – come si è visto – il potere/dovere di disapplicazione del giudice interno, da sempre "automatico" nelle ipotesi di primato della norma europea sulla confliggente norma nazionale, incontra un limite invalicabile nella necessità di rispettare il principio di legalità dei reati e delle pene (cfr. § 61).

Inoltre, e soprattutto, a scontrarsi con il riconoscimento dell'effetto diretto per l'art. 325 TFUE, è la stessa ammissione da parte della Corte di giustizia che "spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al punto 58 della sentenza Taricco" (cfr. § 41). La stessa Corte di giustizia, dunque, riconosce l'indispensabile intermediazione del legislatore, implicitamente accettando l'impossibilità di "duettare" soltanto con il giudice interno attraverso il binomio effetto diretto/disapplicazione, evocando, quantomeno come monito, il diverso scenario della procedura di infrazione. Non a caso il necessario intervento del legislatore è ancora una volta richiamato in sentenza allorché si riconosce che il giudice nazionale possa disattendere l'obbligo di disapplicazione (cfr. ancora § 61), quasi a ricordare che l'obbligo di fonte europea, se non adempiuto dalla giurisprudenza, incombe pur sempre nei confronti dello Stato italiano e dunque del suo legislatore. Si tratta d'altronde di una soluzione che era stata da subito prospettata in dottrina come la più adeguata ad emendare l'(asserita) asimmetria nel caso in esame, ed alla quale la stessa Corte costituzionale aveva fatto implicitamente riferimento, richiamando essa stessa il legislatore nazionale ad una

verifica della conformità della disciplina in materia di prescrizione rispetto al diritto dell'Unione europea.

Ciò che sembra emergere, in sostanza, è che gli "effetti diretti" sono una categoria "a geometria variabile", che si estende o restringe a seconda dei diversi ambiti (civile, amministrativo, penale), risentendo del maggior o minore attrito con i diritti fondamentali, sino ad annichilirsi al cospetto di settori fortemente *rights sensibile* come il diritto penale.

Quesito n. 3)

Il paragrafo 45 della decisione della Corte di giustizia è sicuramente quello che, in prospettiva, potrebbe suscitare nuove tensioni tra rispetto del primato del diritto dell'Unione e salvaguardia del nucleo duro dei diritti fondamentali tutelati dalla nostra Carta costituzionale, come interpretati dalla Corte costituzionale. Nell'osservare che "la Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene", la Corte di giustizia lascia intendere che a seguito dell'avvenuta armonizzazione del regime della prescrizione rispetto ai reati in materia di IVA avvenuto ad opera della direttiva PIF, spetterebbe ad essa e non più alla Repubblica italiana definire il regime della prescrizione, con la ovvia conseguenza che, come già anticipato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Taricco*, tale regime possa essere quello meno favorevole per il reo discendente da un inquadramento di natura processuale.

Come si sa, le affermazioni delle Alte corti spesso hanno cadenze "oracolari", con tutta l'ambiguità tipica di chi "non dice, non nega, ma accenna".

In ogni caso, tale presa di posizione – se pur, per così dire, *pro futuro* della Corte di giustizia – non può che destare perplessità laddove sia da mantenere salda la direttrice, come appunto in questa decisione, di evitare contrapposizioni con la sagoma costituzionale interna delle garanzie fondamentali. Sul regime della prescrizione,

infatti, la nostra Corte costituzionale, anche richiamando l'analoga catalogazione in altri Stati membri dell'Unione europea, ha confermato con parole chiare e difficilmente revocabili come questo debba ritenersi quello proprio del diritto penale sostanziale.

A prescindere dalle ricadute conflittuali che tale presa di posizione può avere nel rapporto tra Curia e corti domestiche, l'assunto non sembra convincere già nel merito.

Infatti. La direttiva PIF, nella previsione di cui all'art. 12, offre certamente un'armonizzazione minima della disciplina della prescrizione, tra l'altro chiaramente limitata ai soli reati riconducibili all'ambito di applicazione della direttiva; altro è però ritenere, come pare fare la Corte di giustizia, che da questa disciplina minima, riguardante sostanzialmente i termini minimi di prescrizione per un ristretto novero di reati, si possa desumere il regime sostanziale o processuale della prescrizione, che molto più ragionevolmente dovrebbe comunque essere vagliato alla luce della complessiva disciplina dell'istituto della prescrizione nella "parte generale" di ciascun ordinamento.

A monte, la Corte di giustizia non sembra considerare che il regime sostanziale o processuale della prescrizione non riflette solo mutevoli scelte *quoad disciplinam*, ma attinge alle ragioni di tutela sottese ai corollari del principio di legalità penale, e all'opportunità che le stesse si estendano o meno a tale istituto, come disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. In nulla muta l'attuale contesto per via dell'armonizzazione minima della disciplina della prescrizione, poiché la frattura tra Corte costituzionale e Corte di giustizia corre sul diverso crinale dell'interpretazione del principio di legalità e dell'estensione delle sue ragioni di garanzia anche alla prescrizione: e per la nostra Corte, come si sa, la prescrizione – almeno sino alla recente riforma – è sempre stata "sostanza della legalità penale, e non semplice morte del processo".

Quesito n. 4)

Nelle letture successive alla decisione *Taricco* della Corte di giustizia molto si è giustamente discusso circa i due differenti obblighi generati in capo al giudice nazionale. Da un lato, quelli originati

dall'ipotesi che la "normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea", diretta emanazione del principio di effettività; dall'altro, quelli riconducibili all'ipotesi che essa "preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea", sulla base del principio di assimilazione.

Al riguardo, si è da più parti sottolineato che tali differenti ipotesi implicavano distinti profili di criticità, interpellando in modo diverso principi e garanzie costituzionali del nostro ordinamento.

Eppure, sia le diverse ordinanze che sollevavano questione di legittimità costituzionale, sia soprattutto l'ordinanza della Corte costituzionale hanno valorizzato in primo luogo aspetti pertinenti al principio di effettività, lasciando in ombra il tema del diverso obbligo derivante dal principio di assimilazione, sul quale minori parevano i problemi da affrontare. Difficile dire se questa dimenticanza possa essere letta semplicemente come un implicito disconoscimento della fondatezza dei problemi di legittimità costituzionale posti dal secondo genere di obbligo per il giudice interno. È evidente, tuttavia, che anche la risposta della Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S.* non ha ulteriormente insistito su una trattazione distinta di tali obblighi, accettando di fatto che su entrambi possa abbattersi il giudizio di non conformità del relativo adempimento rispetto alle garanzie costituzionali.

È verosimile che la Corte costituzionale - non differenziando anch'essa tra i due obblighi posti dalla decisione *Taricco*, sul solco della decisione *M.A.S.* – sterilizzi ogni ipotesi di disapplicazione *tout court* della disciplina della prescrizione, valorizzando anche gli interventi legislativi di riforma della stessa successivi alla vicenda *Taricco*, demandando ulteriormente proprio al legislatore il compito di verificare alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia la conformità della disciplina interna della prescrizione al diritto dell'Unione europea. Se davvero la Corte costituzionale, come pare in realtà già implicito dall'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia, vorrà dichiarare, in sede accentrata, una generalizzata contrarietà degli obblighi di disapplicazione incombenti sul giudice interno con il

principio di legalità penale come da essa interpretato, pare difficile pensare ad un ruolo protagonistico del giudice ordinario, che a quel punto difficilmente potrebbe sostituire il proprio giudizio a quello della Corte costituzionale su una materia tanto delicata quale la violazione del nucleo duro del principio di legalità penale.

Ma il seguito della giurisprudenza costituzionale nella giurisprudenza di merito – come si sa – è volubile e capriccioso: tanto più – viene da pensare – quando ci si troverà al cospetto di una sentenza "interpretativa dell'interpretazione".

***

Laura Montanari

Quesito n. 1)

Riflettendo sui rapporti tra le Corti, e prima ancora tra i sistemi, alla luce dell'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale 24 del 2017 ci si può domandare se essa costituisca un tentativo di accomodamento funzionale alla gestione del pluralismo all'interno dell'Unione o non piuttosto il tassello di un processo – più ampio – di resistenza al processo di integrazione europea, con particolare riferimento al funzionamento di quello che viene definito il "sistema integrato" di protezione dei diritti.

È innegabile che nella sua ordinanza la Corte costituzionale cerchi di individuare degli aspetti o comunque faccia delle affermazioni finalizzate a ricondurre il suo intervento nell'alveo della "leale collaborazione", nella prospettiva del dialogo tra Corti di cui sempre si discute. L'obiettivo parrebbe essere quello della ricerca del pluralismo sostenibile nell'ambito dell'Unione, laddove si afferma che «Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) *nascono dalla sua capacità di includere il*

tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri» (p. 9, corsivo aggiunto).

In questo contesto, la scelta di proporre un rinvio pregiudiziale è stata vista - anche dagli autori più critici sulle scelte della Corte - come un elemento positivo, volto ad evitare uno scontro diretto quale quello che sarebbe derivato dall'applicazione immediata dei "controlimiti" con la conseguente dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato di Lisbona.

La decisione della Corte di giustizia del 7 dicembre 2017 sembrerebbe dare ragione a questa lettura, nel momento in cui i giudici di Lussemburgo, disattendendo l'approccio critico sviluppato nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, hanno scelto di "precisare" la propria precedente posizione alla luce di una ridefinizione del quadro normativo di riferimento nazionale. Sarà, dunque, la Corte costituzionale a dover conclusivamente "tirare le fila" di questo confronto, tenendo conto dell'apertura alla ricerca di un punto di equilibrio che i giudici europei hanno dimostrato.

Un esempio positivo, dunque, di dialogo? Una situazione in cui la forte presa di posizione della Corte costituzionale ha contribuito a rafforzare la tenuta del sistema europeo di protezione dei diritti? Pur senza voler escludere questa positiva interpretazione della vicenda, mi propongo in questo breve intervento di cercare di collocarla in un quadro più ampio, da cui a mio parere può emergere una lettura più problematica dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale. Vi sono alcune recenti decisioni che riguardano differenti contesti del rapporto con il "diritto esterno" che possono essere lette in modo coordinato. Il riferimento è alla sentenza 238 del 2014 rispetto al diritto internazionale; alla sentenza 49 del 2015 rispetto alla Convenzione europea; all'ordinanza 24 del 2017 rispetto al diritto dell'Unione europea, cui si aggiunge da ultimo la sentenza 269 del 2017.

Nel primo caso, com'è noto, la Corte costituzionale ha attivato per la prima volta i controlimiti per contestare l'applicazione, ex art. 10 Costituzione, di una norma di diritto internazionale generale

interpretata dalla Corte internazionale di giustizia, mentre nel secondo pur non pronunciandosi nel merito (contestando la formulazione della questione di costituzionalità) la Corte ha cercato di circoscrivere la vincolatività della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Le due decisioni relative al rapporto con il diritto dell'Unione sembrano esprimere il tentativo di ridefinire l'articolarsi dei rapporti tra i giudici (ma inevitabilmente anche tra i sistemi) – a distanza di oltre vent'anni dalla nota decisione *Granital* – superando la posizione di emarginazione (o meglio autoemarginazione) in cui la Corte costituzionale di era trovata rispetto al dialogo con i giudici di Lussemburgo.

La volontà della Corte di reinserirsi nel circuito che negli anni aveva visto soprattutto i giudici comuni come giudici europei confrontarsi con la Corte di giustizia è certamente importante per il pieno funzionamento del sistema giurisdizionale dell'UE. Tuttavia il contesto generale cui ho fatto cenno sembra indicare una prospettiva prevalentemente "nazionale". Nonostante la Corte ribadisca in più occasioni il rispetto del primato del diritto dell'Unione, nello stesso tempo sembra affermare la possibilità/doverosità di svolgere un controllo sulle condizioni dello stesso, sulle condizioni affinché possa essere fatto valere a livello nazionale. E su questo è la Corte costituzionale ad avere l'ultima parola. L'ampio *obiter dictum* della sentenza 269 del 2017 precisa ulteriormente questa prospettiva riservando alla Corte costituzionale il controllo – pressoché esclusivo – in materia di tutela dei diritti, anche laddove sia applicabile la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Collocata in questo quadro, la decisione della Corte costituzionale nel caso *M.A.S.* dopo la sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale offrirà certamente delle indicazioni importanti per comprendere in quale prospettiva si stiano sviluppando i rapporti tra le Corti.

Quesito n. 2)

Come accennato al punto precedente, nella decisione del dicembre 2017 la Corte di giustizia, pur ribadendo i contenuti della

decisione *Taricco* del 2015, adotta una soluzione che permette di individuare dei percorsi idonei ad evitare che nella sua applicazione sorgano conflitti con i principi inviolabili dell'ordinamento italiano così come delineati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio.

L'argomentazione della Corte prende in considerazione sia il ruolo giudici nazionali sia quello del legislatore. Quanto a quest'ultimo, è molto forte il richiamo («spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale…» p.to 41) alla necessità che l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione all'ordinamento dell'Unione si realizzi innanzitutto attraverso l'intervento normativo, che offra strumenti adeguati agli operatori del diritto, giudici compresi. Ed è proprio nell'ambito di questa riflessione - anche tenuto conto dell'avanzamento del processo di armonizzazione della disciplina al momento dell'adozione della decisione *Taricco* - che la Corte lascia aperto lo spazio alla qualificazione di carattere sostanziale della prescrizione, con le conseguenti ricadute sul piano dell'applicazione di principi inviolabili.

Tuttavia, fatta questa premessa, la Corte conferma il ruolo fondamentale dei giudici nazionali nel sistema europeo. Se già in apertura della decisione la Corte di giustizia si era soffermata sul ruolo del rinvio pregiudiziale al fine di instaurare il dialogo tra i giudici essenziale per assicurare «l'unità di interpretazione de diritto dell'Unione nonché la coerenza, l'efficacia e l'autonomia di tale diritto» (v. p.ti 22-24), nell'affrontare il merito delle questioni sollevate dalla Corte costituzionale i giudici di Lussemburgo ribadiscono il compito dei giudici nazionali di verificare – nel caso sottoposto al loro esame - il rispetto del diritto dell'Unione ed eventualmente non applicare le norme interne in conflitto.

Nella vicenda in esame, tuttavia, a fronte della complessità del quadro normativo di riferimento ai giudici nazionali è richiesta una particolare attenzione nel verificare che la disapplicazione delle disposizioni del codice penale non porti alla violazione dei diritti fondamentali delle persone accusate.

Qui l'argomentazione della Corte si fa particolarmente complessa, al fine di contemperare il rispetto degli standard di tutela dei diritti fondamentali (che comprendono in questo caso anche il principio di legalità dei reati e delle pene) – nazionali ma anche discendenti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE – e il primato,

l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione (p.to. 47). Proprio partendo dal ragionamento sulla libertà del legislatore nella qualificazione della prescrizione (almeno sino all'adozione della Direttiva UE 2017/1371), la Corte di giustizia può affermare che «i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione relativo ai reati in materia di IVA» (p.to 58). Di conseguenza, se l'applicazione della sentenza *Taricco*, in punto di determinazione del regime di prescrizione applicabile, portasse ad una violazione del principio di determinatezza della legge applicabile, «… il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione» (p.to 59).

La sentenza dunque conferma il ruolo centrale dei giudici nazionali, come giudici europei, nell'assicurare il rispetto del diritto dell'Unione, disapplicando nel caso il diritto interno in conflitto o non disapplicandolo, nonostante il rilevato conflitto, quando ciò porterebbe ad una lesione dei diritti fondamentali e dei principi inviolabili… propri dell'Unione (e non solo dell'ordinamento nazionale).

Quesito n. 3)

Il quesito pone in gioco la riflessione da tempo sviluppata dai penalisti sulla natura dell'istituto della prescrizione, rispetto alla quale non ritengo di intervenire. Mi sento tuttavia di poter svolgere una considerazione alla luce di quanto rilevato al precedente punto 2).

Discutendo di questo tema, un amico avvocato – per rafforzare la giustificazione l'attinenza al diritto sostanziale della prescrizione - mi ricordava le parole di Cesare Beccaria secondo cui «Le leggi devono fissare un certo spazio di tempo, sì alla difesa del reo che alle prove de' delitti. Il giudice diverrebbe legislatore se egli dovesse decidere del tempo necessario per provare un delitto» (C. Beccaria, Dei delitti e delle pene, Cap. XXX).

L'aspetto che voglio sottolineare, anche a partire da questa frase, è il ruolo fondamentale del legislatore in questo ambito. Probabilmente il caso *Taricco* - che forse in futuro verrà ricordato tra i

casi più rilevanti per la definizione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea – non sarebbe sorto se le scelte legislative nella materia controversa fossero state più ponderate e avessero cercato di tenere in considerazione tutti gli interessi in gioco, compresi quelli propri dell'Unione europea.

Quesito n. 4)

Come si è cercato di evidenziare, la decisione della Corte di giustizia pare esprimere la ricerca di un punto di equilibrio al fine di evitare che il conflitto con l'ordinamento italiano porti all'attivazione dei controlimiti paventata dalla Corte costituzionale, senza mettere in discussione però l'impostazione classica dei rapporti tra sistemi e tra giudici.

Nella complessa motivazione dei giudici di Lussemburgo – che come si è visto tocca il ruolo dei giudici e quello del legislatore – è l'incertezza del quadro normativo, o meglio la libertà che l'ordinamento italiano aveva al momento della controversia per la qualificazione della prescrizione, a giustificare l'interpretazione della decisione *Taricco*. Interpretazione che può condurre, nel caso concreto, ad escludere la disapplicazione della norma interna, pur riconosciuta in contrasto con l'art. 325 TFUE. Si tratta di una soluzione di compromesso, che permette alla Corte di ribadire comunque i criteri di riferimento applicati nella sua precedente giurisprudenza, anche in casi particolarmente controversi come la decisione *Melloni* o il parere sull'adesione dell'Unione alla Cedu (v. punto 47).

La questione torna ora nel campo della Corte costituzionale, che dovrà valutare se e in che termini accogliere le aperture della Corte di giustizia. La decisione 269 del 2017 di poco successiva sembra in realtà dischiudere una prospettiva nuova e non priva di aspetti problematici.

Nel chiarire la pronuncia di inammissibilità di una delle questioni alla base del giudizio di costituzionalità - dovuta alla mancata valutazione da parte del giudice *a quo* dell'eventuale conflitto delle norme impugnate con il diritto dell'Unione – la Corte sviluppa, infatti, un'articolata analisi dei compiti spettanti ai giudici comuni di

fronte ad un eventuale contrasto tra la norma interna e il diritto dell'UE. In una prima parte, la Corte riprende la sua giurisprudenza dove vengono distinte le situazioni a seconda che si tratti di norme europee dotate oppure prive di efficacia diretta. Nella seconda parte affronta un aspetto "nuovo" (per quanto siano passati ormai dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), quello cioè del rilievo assunto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Secondo la Corte «[f]ermi restando i principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere 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» (p.to 5.2.).

Tale considerazione porta con sé una serie di corollari che nella sostanza mettono in discussione, in relazione ai diritti, proprio quel primato e quell'effetto diretto appena ricordati. In sintesi due sono le indicazioni più rilevanti che si possono trarre dall'argomentazione della Corte. Innanzitutto si afferma che laddove vengono in gioco i diritti della persona la sede di decisione non può che essere la Corte costituzionale, le cui sentenze hanno efficacia *erga omnes*, pena l'introduzione di un sindacato diffuso in relazione alla tutela dei diritti non previsto nel nostro ordinamento. Conseguentemente, si precisa che se il giudice comune si trova di fronte ad un'ipotesi di "doppia pregiudizialità", differentemente da quanto sino ad oggi stabilito in via generale da una consolidata giurisprudenza, dovrà sollevare innanzitutto la questione di costituzionalità (ferma restando la possibilità di promuovere il rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione e di validità del diritto UE sulla base dell'art. 267 TFUE).

In questi casi «[l]a Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito» (p.to 5.2).

Non è possibile in questa sede approfondire ulteriormente l'analisi, ma anche dai pochi cenni che si sono fatti emerge il tentativo

della Corte di recuperare a sé il controllo sul rispetto dei diritti, anche nei casi in cui gli stessi siano disciplinati dalla Carta dei diritti fondamentale dell'UE, che pur gode della stessa posizione giuridica dei Trattati istitutivi dell'Unione.

La domanda che mi pongo è se non sia possibile o forse necessario, in un momento così difficile del processo di integrazione europea, cercare di valorizzare la tutela dei diritti a livello europeo, piuttosto che enfatizzare, fosse anche solo sul piano simbolico e non pratico, quella nazionale. Nella decisione della Corte costituzionale riemerge tra l'altro la distinzione tra le libertà economiche, che connotano sin dall'origine l'UE, la cui tutela spetta principalmente alla Corte di giustizia, e gli altri diritti e libertà fondamentali che anche se riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione devono essere comunque difesi innanzitutto a livello nazionale, in ultima istanza dalla Corte costituzionale. Gli stessi giudici comuni che attraverso il rinvio pregiudiziale hanno svolto un compito fondamentale per lo sviluppo del processo di integrazione europeo dovrebbero dunque fermarsi laddove entrano in gioco i diritti fondamentali.

Si tratta – e me ne scuso – di poche considerazioni "fatte di getto", più per sollecitare la discussione che per argomentare in modo approfondito un ragionamento sulla giurisprudenza della Corte costituzionale. Il timore però è che le Corti costituzionali, non solo quella italiana, intervenendo più attivamente nel contesto europeo finiscano con il rivelarsi piuttosto che un fattore di sviluppo del processo di integrazione un elemento di rafforzamento della prospettiva nazionale, in un momento in cui, tra l'altro, a livello statale stanno purtroppo riemergendo e diffondendosi istanze populistiche e nazionalistiche.

***

Antonio Ruggeri

Quesito n. 1)

Una preliminare avvertenza. A parer mio, conviene rileggere la pronunzia della Corte di giustizia su *Taricco* del dicembre scorso tenendo conto, allo stesso tempo, del nuovo indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla Consulta con la discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017 e della decisione della Prima Sez. della Corte dell'Unione (*Global Starnet*) di pochi giorni successiva a tale sentenza. E invero chi si interroga sui prossimi sviluppi dei rapporti tra le Corti e di ciascuna di esse sia coi giudici comuni che col legislatore non può trattenersi dal far capo a tutte le pronunzie in parola, ciascuna per la sua parte espressiva di un certo modo d'intendere le relazioni interordinamentali.

Se ci si fa caso, sembra di assistere ad una singolare inversione dei ruoli sulla scena, ad una sorta di immagini allo specchio: nello stesso tempo in cui la Corte dell'Unione fa, in significativa misura, recedere il principio della uniforme applicazione del diritto dell'Unione stessa davanti al principio di legalità in materia penale, che è a un tempo principio fondamentale del nostro ordinamento e tradizione costituzionale comune, la Corte costituzionale recupera a beneficio del sindacato accentrato di costituzionalità (o, dovremmo ormai dire, "costituzionalità-eurounitarietà") una cospicua porzione del campo materiale in cui si è fin qui spiegato il meccanismo dell'applicazione diretta; e lo fa *anche* (e specificamente) in funzione della salvaguardia della uniforme osservanza del diritto sovranazionale, in alcune delle sue massime espressioni (ad opera della Carta di Nizza-Strasburgo). Naturalmente a nessuno sfugge che il vero (e, comunque, principale) obiettivo avuto di mira dal giudice costituzionale è la riaffermazione della centralità del proprio ruolo in

seno alla trama istituzionale, apparso appannato o incrinato dal raccordo privilegiato venutosi a creare tra la Corte di giustizia e i giudici comuni grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale (un raccordo dal quale la stessa Consulta si era inopinatamente autoesclusa, mentre ora dichiara di volersi in esso risolutamente reimmettere). Il punto è, però, che con la sent. 269 la Corte parrebbe rivendicare per sé il titolo a dire l'ultima parola su ogni questione di diritto costituzionale *in senso materiale*, tali essendo anche quelle in cui si controverte della osservanza della Carta dell'Unione, specificamente per ciò che concerne la corretta interpretazione di quest'ultima orientata nei riguardi delle tradizioni costituzionali comuni, sovrapponendosi dunque – se del caso – le decisioni della Consulta a quelle sia dei giudici comuni che del giudice eurounitario, contro le quali ultime, ad ogni buon conto, può pur sempre essere azionata l'arma dei controlimiti. Alla pretesa del nostro giudice delle leggi replica, però, la Corte di giustizia con la decisione del dicembre scorso sopra richiamata, confermandosi essere competente a pronunziarsi dietro rinvio pregiudiziale in relazione a norme dell'Unione, comprese quelle iscritte nella Carta di Nizza-Strasburgo, che si assumano coincidenti con norme della Costituzione e pur laddove sulle stesse si sia già pronunciata la Consulta.

Ho già avuto modo da tempo di osservare come risulti a mia opinione insensata la pretesa coltivata da questa o quella Corte (e il discorso qui dovrebbe allargarsi anche alla Corte EDU) a porsi quale giudice apicale di una costruzione piramidale che veda le Corti restanti comunque in posizione subalterna e ancillare. Si tratta – come si sa – di un *animus* alquanto radicato, del quale si sono avute numerose testimonianze. Basti solo pensare, sul fronte europeo, alla prima pronunzia su *Taricco* o alla *Melloni*, come pure ai molti casi in cui la Corte EDU si è mostrata "aggressiva" – per riprendere una fortunata etichetta di O. Pollicino e di altri – nei riguardi delle Corti nazionali, fatte oggetto di un *pressing* alle volte invero soffocante; o si pensi, sul fronte nazionale, al tono ultimativo con cui è stata posta la domanda pregiudiziale su *Taricco* dalla nostra Corte o, ancora, alle non poche manifestazioni di un vero e proprio *diritto di resistenza* avutesi da più di un tribunale costituzionale nei riguardi di pronunzie della Corte dell'Unione giudicate, a torto o a ragione, invasive di campo. A conti fatti, è solo con la *Taricco-bis* che si è assistito ad una sostanziale

disponibilità all'ascolto delle ragioni altrui da parte della Corte di giustizia, alla quale però ha fatto da "controcanto" (stonato…) un'ulteriore, decisa rivendica di spazi dapprima non occupati da parte della Corte costituzionale che – come dirò meglio a momenti – si dispiega in ogni direzione, assumendo di potersi far valere tanto nei riguardi della Corte dell'Unione quanto verso i giudici comuni (e, in ultima istanza, la Cassazione, il cui ruolo di nomofilachia risulta, a mio modo di vedere, fortemente compresso dalla sent. 269).

Quesito n. 2)

I rapporti tra giudici nazionali e legislatore risentono, di tutta evidenza, del modo con cui si atteggeranno nel prossimo futuro quelli tra le Corti costituzionali (qui, ancora una volta, intese *in senso materiale*, tale essendo ormai riconosciuta dalla nostra Corte quella dell'Unione, quale riflesso immediato e diretto del carattere "tipicamente costituzionale" della Carta di Nizza-Strasburgo).

Sul punto, di cruciale rilievo, è dato registrare un vistoso scollamento tra la posizione della Corte di giustizia, resa palese dalla *Taricco-bis*, e quella della Corte costituzionale. L'una Corte sollecita infatti con vigore il legislatore ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità, attivandosi al fine di rimuovere o correggere discipline di diritto interno non rispettose delle norme eurounitarie e, come tali, produttive di effetti intollerabili, avverso il cui radicamento sono quindi chiamati ad intervenire i giudici. L'altra Corte non si dichiara, in partenza, aliena da questo scenario, tant'è che, in via di principio, tiene fermo il meccanismo della "non applicazione" delle norme nazionali incompatibili con norme dell'Unione, accompagnata dalla diretta applicazione in loro vece di queste ultime. Solo che, al tirar delle somme, mette poi da canto siffatto criterio strutturale di risoluzione delle antinomie per far posto ad un criterio assiologico-sostanziale, che guarda al carattere "tipicamente costituzionale" ovvero non "costituzionale" delle norme eurounitarie violate (e – come ho in altra sede rilevato – è allora da chiedersi se siffatto criterio possa essere messo in campo anche laddove l'attacco sia portato a norme eurounitarie esterne alla Carta di Nizza-Strasburgo ma da queste ultime "coperte" siccome idonee a dare ad esse la *prima*, *diretta*

e *necessaria* specificazione-attuazione). Così facendo, la Consulta – come dicevo – sottrae spazio tanto agli altri operatori di diritto interno quanto al giudice dell'Unione: uno spazio i cui confini sarebbero, nondimeno, da considerare indeterminati e potrebbero dilatarsi in misura astrattamente incalcolabile, ove si desse credito all'ipotesi da ultimo affacciata circa la natura delle norme-parametro che si assumano violate.

Quesito n. 3)

Il nodo della prescrizione rimane, ad ogni buon conto, insoluto.

Per un verso, la stessa Corte di giustizia esplicitamente dichiara nella *Taricco-bis* che l'armonizzazione avutasi per effetto della direttiva 2017/1371 è stata solo parziale: s'impone, dunque, una decisa, effettiva prova di buona volontà da parte dei legislatori nazionali allo scopo di darvi congrua attuazione. Per un altro verso, la stessa Corte si mostra rispettosa dei non coincidenti orientamenti al riguardo affermatisi negli ordinamenti degli Stati-membri per ciò che concerne la natura della prescrizione, nel mentre, dal suo canto, la Corte costituzionale non dà alcun segno di resipiscenza in ordine alla qualifica della stessa, con ogni probabilità non intendendo sul punto, di centrale rilievo, contrapporsi ad un radicato indirizzo dottrinale e giurisprudenziale ormai invalso in ambito interno. Rimane, ad ogni buon conto, fermo che la riconciliazione raggiunta su *Taricco* tra le Corti per effetto del brusco mutamento di rotta registratosi a Lussemburgo non toglie – e sul punto la pronunzia del giudice dell'Unione è chiarissima – che gli operatori nazionali (legislatore e giudici) debbano fare quanto è in loro potere al fine di parare il rischio di perduranti violazioni del diritto sovranazionale, davanti alle quali – mi preme qui nuovamente rilevare – non è affatto scontato che la Corte dell'Unione riconfermi la docilità e remissività testimoniate dalla *Taricco-bis*. Intendo dire che a Lussemburgo non si è affatto avuto il riconoscimento *per sistema* della bontà della dottrina dei controlimiti; si è soltanto assegnata la prevalenza alle ragioni facenti capo al principio di legalità in materia penale *nel caso in questione*, senza che il punto di diritto in esso enunciato possa considerarsi *allgemeingültig*.

Quesito n. 4)

Gli scenari che potrebbero aversi in sede di recepimento della *Taricco-bis* sono obiettivamente confusi e largamente imprevedibili. Non escluderei che la Consulta profitti della occasione offertale in sede di chiusura di partita per far luogo ad ulteriori "precisazioni", in aggiunta a quella, gravida di implicazioni e valenze ancora tutte da esplorare, fatta con la sent. 269.

Il pallino è, però, nelle mani dei giudici comuni. Tutto infatti dipende da come essi reagiranno alla "espropriazione" subita con la decisione da ultimo richiamata. Resto all'ipotesi, in quest'ultima formulata, della sostanziale coincidenza tra Carta dell'Unione e Carta costituzionale: considero, infatti, remota l'eventualità che si assuma violata l'una senza che al contempo si abbia violazione dell'altra (ciò che farebbe salvo il meccanismo della immediata disapplicazione per le norme interne contrarie a norme sovranazionali *self-executing*), quanto meno a stare all'ordine di idee in cui si dispone da tempo la Consulta secondo cui la nostra legge fondamentale non offre *mai* una tutela meno intensa ai diritti di quella apprestata dalle altre Carte (sent. n. 388 del 1999).

Non condivido questo pensiero che giudico inquinato da un malinteso ed esasperato patriottismo costituzionale, altrove qualificato come ingenuo e infecondo; ma tant'è… Sta di fatto che, senza l'intraprendenza del giudice comune che solleciti una pronunzia della Corte costituzionale, quest'ultima ha ben poco da fare allo scopo di far valere la logica accentratrice che trasuda dalla sent. 269. Ed è, al riguardo, da mettere in conto l'eventualità che dalla pronunzia ora richiamata si abbia una spinta decisa per un uso abnorme del canone dell'interpretazione conforme, tale da portare alla sostanziale riscrittura degli enunciati (di quelli posti ad oggetto e persino di quelli assunti a parametro), sì da riconciliarli a forza, più ancora di quanto si sia in non pochi casi già fatto, allo scopo di non portarli alla cognizione del giudice delle leggi.

Non prendo, poi, in considerazione l'ipotesi, pur astrattamente configurabile, che la norma interna contraria a quella sovranazionale

sia dal giudice considerata affetta da radicale nullità-inesistenza, sì da giustificarsene appunto la sua immediata disapplicazione. La giurisprudenza si è – come si sa – immaginata il caso con specifico riguardo a norma consuetudinaria della Comunità internazionale inidonea ad immettersi in ambito nazionale appunto a motivo della inesistenza della norma interna di adattamento automatico (sent. n. 238 del 2014). Eppure, anche in siffatta evenienza, che avrebbe potuto indurre la Corte a qualificare come inammissibile (o, di più, manifestamente inammissibile) la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto una norma inesistente, la Corte stessa ha risolutamente affermato dover essere portato alla sua cognizione ogni caso di violazione della Carta, pur laddove in realtà non sia abbia alcun dubbio circa la sussistenza della lesione. E così, dunque, non può che essere altresì per i casi di violazione indiretta della Costituzione conseguente a incompatibilità rispetto alla Carta di Nizza-Strasburgo (e, in genere, ad altro documento "tipicamente costituzionale").

Rimango, dunque, entro la cornice segnata dalla sent. 269 della sostanziale coincidenza dei diritti riconosciuti dalle Carte, quale che sia poi l'entità o l'intensità della lesione (e, di conseguenza, il vizio della norma che se ne renda responsabile). Ebbene, è da mettere in conto che i giudici comuni si avvalgano – com'è ragionevole attendersi – della facoltà, della quale sono stati dalla stessa Consulta incoraggiati a fare utilizzo, di interpello della Corte dell'Unione al fine di contrastare la manovra volta a convertire l'applicazione diretta nel sindacato accentrato; sarà allora da vedere come reagirà il giudice di Lussemburgo e, a seguire, la stessa Corte costituzionale.

Si possono affacciare alcune ipotesi.

La prima è che la Corte dell'Unione difenda a spada tratta il meccanismo dell'applicazione diretta della Carta di Nizza-Strasburgo (ovviamente, nei suoi disposti cui sia riconosciuto carattere *self-executing*). Il giudice costituzionale potrebbe in tal modo trovarsi fuori gioco, stretto nella morsa della tenaglia azionata dai giudici comuni e dal giudice dell'Unione. Non gli resterebbe, dunque, far altro che estrarre dalla fondina l'arma dei controlimiti; ma, per far ciò, avrebbe comunque bisogno della opportunità offertagli da un giudizio attivato dagli stessi giudici, salvo ad immaginare – ma è, francamente, una eventualità alquanto remota – che decida *motu proprio* di

sollevare davanti a se stesso un conflitto di attribuzione (*sub specie* di conflitto da menomazione), opponendo quindi in questa sede i controlimiti al *tandem* costituito dai giudici ribelli e dalla Corte di giustizia. Si tratta, nondimeno, di vedere se la Consulta sia davvero disposta ad andare fino in fondo in questa "guerra" che la vedrebbe, in tesi, contrapposta ad uno schieramento nutrito di giudici nazionali, portatori di un autentico diritto vivente di segno opposto al punto di diritto enunciato nella 269, integrato e rafforzato dall'apporto vigoroso del giudice sovranazionale.

Verificandosi questo scenario, è poi da mettere in conto che si abbia un ripensamento della Consulta in ordine alla necessaria precedenza della pregiudizialità "comunitaria" rispetto alla pregiudizialità costituzionale (d'altronde, dico *per incidens*, è ipotesi velatamente affacciata nello scritto di A. Barbera, in *Riv. AIC*, 4/2017, 15, cui la sent. 269 – come si sa – si è largamente rifatta). Può darsi, anzi, che la Consulta stessa giochi di anticipo e sfrutti l'occasione offertale dalla pronunzia di chiusura del caso *Taricco* per formulare subito questa nuova "precisazione", che le darebbe modo di evitare sul nascere il radicamento di effetti non graditi e problematicamente rimuovibili. Solo che l'eventuale libertà riconosciuta ai giudici per ciò che attiene all'ordine temporale di esperimento delle due pregiudizialità rimarrebbe pur sempre demandata alla buona volontà dei giudici stessi. Alquanto forzata mi parrebbe invece essere l'ipotesi che, addirittura, si ribalti su se stesso l'ordine in parola, imponendosi la necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale; ciò che garantirebbe al meglio la Consulta da sortite sgradite dei giudici comuni. Quand'anche, tuttavia, così dovesse essere, i giudici non possono in ogni caso essere privati del potere (e, per i giudici di ultima istanza, dovere) di interpello della Corte di giustizia, pur laddove nel frattempo la Consulta si sia pronunziata su una disciplina legislativa sospetta di violare norme dell'Unione (specie se risultanti dalla Carta di Nizza-Strasburgo) sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione, secondo quanto ha, ancora di recente, stabilito lo stesso giudice di Lussemburgo, Prima Sez., con la sent. del 20 dicembre 2017, dietro già richiamata. L'eventualità del conflitto, nella circostanza evitato dalla decisione suddetta, è pur sempre da tenere in conto e solo la buona volontà, dall'una e dall'altra parte dimostrata, potrebbe scongiurarla, restando in ogni caso demandata ai giudici

comuni la verifica delle condizioni di fatto e di diritto che ne impediscano la deflagrazione.

Sono, dunque, questi ultimi – come si diceva – a tenere il pallino, potendo con le loro iniziative processuali concorrere a un temperamento, se non proprio a un autentico ripensamento, del fermo e rigoroso indirizzo inaugurato dalla sent. 269.

La seconda ipotesi è che la Corte dell'Unione preferisca nuovamente evitare lo scontro con la Corte costituzionale e, perciò, non offra una sponda alla "reazione" opposta dai giudici comuni nei riguardi del punto di diritto fissato dalla decisione da ultimo richiamata. Qualora dovesse dunque registrarsi un sostanziale accordo tra le due Corti, la strada per i giudici comuni si farebbe davvero erta e problematico risulterebbe, pertanto, il recupero del terreno perduto a beneficio del sindacato accentrato. Ai miei occhi tuttavia si presenta alquanto remota l'ipotesi di un cedimento una volta per tutte, *per sistema*, per ciò che attiene alla operatività dei criteri di risoluzione delle antinomie (e, segnatamente, appunto di quello dell'applicazione diretta cui sono affidate le sorti del primato del diritto sovranazionale).

Il cuore della questione sta – come si vede – nel rilievo che si darà a Lussemburgo alla certezza del diritto (e dei diritti), per il modo con cui è dalla Corte costituzionale intesa e della quale vuol farsi garante, a fronte del primato immediato del diritto sovranazionale per il tramite dell'opera apprestata dai giudici comuni.

V'è un dato di cui occorre al riguardo tenere conto; ed è che mentre i giudici comuni assicurano alla Corte dell'Unione l'opportunità di potersi frequentemente pronunziare, salvaguardando così i diritti riconosciuti dalla Carta dell'Unione stessa, non è affatto certo che lo stesso si avrà per iniziativa della Corte costituzionale, ed anzi è pressoché certo che non si avrà (inferiori per numero alle dita di una mano i rinvii pregiudiziali fin qui avutisi ad opera di quest'ultima; e domani?).

D'altro canto, come l'esperienza insegna, la Corte dell'Unione ha gioco facile nel far valere il proprio orientamento nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune, potendo invece incontrare serie difficoltà – e *Taricco docet* – ad affermarsi su un tribunale costituzionale che si mostri risoluto difensore del proprio punto di

vista in ordine alla configurazione dei principi di struttura dell'ordinamento di appartenenza.

Non si trascuri, poi, che la Consulta si è sempre riservata di fare l'uso che ritiene più opportuno della tecnica di assorbimento dei vizi, con la conseguenza che la congiunta denunzia di una violazione della Carta dell'Unione e della Carta costituzionale potrà essere definita con la prioritaria o esclusiva dichiarazione d'invalidità in relazione a quest'ultima, evitando così eventuali divergenze interpretative con la Corte dell'Unione in merito ai contenuti dei disposti della Carta di Nizza-Strasburgo.

Di qui, in conclusione, il rischio – a mia opinione incombente – che quest'ultima Carta possa venir assorbita, come in un buco nero, e fagocitata dalla Costituzione, finendo così con lo smarrire la propria identità e tipica funzione di riconoscimento di diritti autenticamente europei.

Vogliamo continuare a chiamare quest'esito il frutto di un rapporto davvero paritario tra documenti "tipicamente costituzionali", ovverosia di un "dialogo" tra Corti non preconcetto e costruttivo?

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Poesie und Verfassung – unter Einbeziehung von Drehbüchern aus Filmen*

Peter Häberle

Inhalt: I. Vorbemerkung – II. Das Drehbuch des französischen Films Section special – III. Thesen zum Verhältnis von Poesie und Verfassung – 1. Bestandsaufnahme aus der Sicht der 80er Jahre in Deutschland – 2. Die gemeinsame republikanische Verantwortung von Juristen und Literaten im Verfassungsstaat - a) Verfassungsstaat als Kulturstaat, insbesondere im Blick auf Literatur – b) Minimalerwartungen an Kunst und Literatur – IV. Appendix: Utopie-Thesen einer vergleichenden Verfassungslehre

I. *Vorbemerkung*

Beim Thema „Poesie und Verfassung" begeistert schon die freie Auswahl von Texten und Büchern als Grundlage für ein Thema im Zusammenhang von Literatur und Recht. Ich selbst habe mich um den Themenkreis „Literatur und Recht" schon in meinem Buch „Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr-) Spiegel der Schönen Literatur" [1] bemüht. Von der „Verfassungslehre als Kulturwissenschaft"[2] aus gesehen war dies wohl konsequent. Damals kamen viele Impulse zu „Law and Literature" aus dem angloamerikanischen Raum. In loser Folge habe ich einige Teilaspekte weiter behandelt: so im Aufsatz „Utopien als Literaturgattung des

* Il contributo è stato inviato su richiesta della direzione e pertanto non è stato sottoposto a referaggio, in conformità con il regolamento della Rivista.

* Schlussvortrag, den der Verf. auf einem von der Universität Montpellier veranstalteten, ihm gewidmeten internationalen Kolloquium (13./14. Mai 2016) gehalten hat. Schon im *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (N.F./Band 65, 2017) veröffentlicht.

[1] *P. Häberle*, Das Grundgesetz der Literaten. Der Verfassungsstaat im (Zerr-) Spiegel der Schönen Literatur, 1983.

[2] *P. Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1982; 2. Aufl. 1998.

Verfassungsstaates“[3] (auch der Verfassungsstaat eines *J. Locke* war einst eine konkrete Utopie) – heute denken wir an die provozierende „negative Utopie“ von *M. Houellebecq*[4] –, so in dem Beitrag „Über die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht“[5], so in der „Conversación“ „Poesía y derecho constitucional“ mit *H. Lopez Bofill*,[6] so in einer Festschrift für einen italienischen Kollegen in St. Gallen über das Thema „Sprachen-Artikel und Sprachenprobleme in westlichen Verfassungsstaaten“.[7] Zuletzt arbeitete ich über „Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates“[8]. Sogar das Büchlein „Nationalflaggen, Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole“[9] sowie „Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat“[10] gehören hierher. Diese Themenreihe bildet eine Tetralogie zum Gesamtthema: „Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur – Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre“.[11] Schließlich sei – recht unbescheiden – der römische Vortrag über „Musik und Recht“[12] genannt; ebenso gehört die alte Bayreuther Antrittsvorlesung über das

[3] *P. Häberle*, Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates in: P. Selmer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 73–84.

[4] *M. Houellebecq*, Soumission, 2015.

[5] *P. Häberle*, Die Freiheit der Kunst in kulturwissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht, in: P. Lerche (Hrsg.), Kunst und Recht im In- und Ausland, 1994, S. 37–87.

[6] *P. Häberle/H. Lopez Bofill*, Poesía y derecho constitucional, in: D. Valadès (Hrsg.), Conversaciones académicas con Peter Häberle, 2006, S. 187–201; neu in Peru ediert.

[7] *P. Häberle*, Sprachen-Artikel und Sprachenprobleme in westlichen Verfassungsstaaten, in: E. Brem
u.a. (Hrsg.), Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, 1990, S. 105–128.

[8] *P. Häberle*, Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 2007 (2. Aufl. 2013, spanische Übersetzung 2012); *ders.*, Der Sonntag als Verfassungsprinzip, 2. Aufl. 2006.

[9] *P. Häberle*, Nationalflaggen, Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole, 2008.

[10] *P. Häberle*, Die Erinnerungskultur im Verfassungsstaat, 2011.

[11] *P. Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur: Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, 2013.

[12] *P. Häberle*, Musik und Recht, JöR 60 (2012). S. 205–224.

Thema „Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen“[13] in das Kraftfeld unseres Gegenstandes. Denn Präambeln bedienen sich einer Hoch- und Feiertagssprache und ringen zugleich textlich um Bürgernähe – Gleiches gilt für die universale Erklärung von 1789. Präambeln sind eine Fundgrube für die Grundwerte einer Verfassung und für Klassikertexte, für Vergangenheit und Zukunft als Narrativ, und sie stehen der großen französischen Tradition von (oft in Afrika rezipierten) Wahlsprüchen wie „Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit“ nahe. Es ist kein Zufall, dass der schönste Passus der Präambel der neuen Bundesverfassung der Schweiz (1999) von dem Dichter *A. Muschg* stammt: „[…], dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen.“ Einmal mehr zeigt sich, dass Literatur und Literaten Lebensbedingungen jeden Verfassungsstaats sind.

In Deutschland loben Juristen und Politiker das Grundgesetz bis heute als „beste Verfassung, die es auf deutschem Boden je gab“. Und doch war vor allem in den 60er und 70er Jahren das Wort von der ungeliebten Republik im Umlauf. Auch wurde immer wieder gefragt, ob das Grundgesetz von 1949 nur das „große Angebot“ geblieben ist. In den folgenden Überlegungen gehe ich von der These von *W. Jens* aus, der sagt, es gebe keinen einzigen Bereich, und sei er noch so verwissenschaftlicht, der nicht mit Hilfe der Poesie erhellt werden könnte – erhellt und transzendiert, weil die schöne Literatur der gelehrten Wissenschaft die Fackel voranträgt.

Aus meiner Sicht lassen sich literarische Werke als Verfassungstexte im *weiteren Sinne* verstehen. Denn „Verfassung“ greift über den juristischen Text und seine gelebte Praxis weit hinaus. Sie umfängt kulturelle Prozesse und Inhalte der Produktion und Rezeption in einem politischen Gemeinwesen, zu denen das künstlerische Schaffen in Literatur, Film und Musik, auch der bildenden Kunst sowie Theater und Fernsehen gehört. Literarische Texte und andere „kulturelle Kristallisationen“ können zu Verfassungstexten „im weiteren Sinne“ werden; sie haben – im Rückblick – nicht selten den Aufbau und Ausbau des

[13] *P. Häberle*, Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen, in: J. Listl (Hrsg.), Demokratie in Anfechtung und Bewährung. Festschrift für Johannes Broermann, 1982, S. 211–249.

Verfassungsstaates vorangetrieben. Ich erin- nere an Klassikertexte von *Lessing* zur Toleranz in „Nathan der Weise", der als *Klassiker*text ein ewiger *Kritiker*text für jeden Verfassungsstaat bleibt, von *F. Schiller* im „Don Carlos" zur Gedankenfreiheit, heute an Zitate von *E. Bloch* und *B. Brecht* zur Menschenwürde und Demokratie. *Brecht* wagte z.B. die provozierende Frage: „Alle Staatsgewalt geht vom Volk aus, aber wo geht sie hin?" Ebenso provokativ wie genial ist sein Dictum: „Das Volk hat das Vertrauen der Regierung verscherzt. Wäre es da nicht doch einfacher, die Regierung löste das Volk auf und wählte ein anderes?" (Ein Schelm, wer heute an die Handhabung der Flüchtlingskrise durch die deutsche Bundeskanzlerin denkt). In der *bildenden Kunst* sei an „Denkmale" erinnert, etwa an die *Rodin*-Statuen „Der Mensch, der in der Natur erwacht" (unter anderem eine Bezugnahme auf *J.-J. Rousseau*, 1875/1876) und „Die Bürger von Calais" (1884), oder an Statuen wie die Freiheitsstatue in New York (1886), die ein Geschenk Frankreichs an die USA war, oder an das Horrorgemälde „Guernica" von *P. Picasso*, als Erinnerung an die Schrecken des spanischen Bürgerkriegs (1937). Dem deutschen Grafiker, Karikaturisten und Juristen *K. Staeck* verdanken wir in seinen Metiers viel, vor allem in den frühen 70er Jahren.[14]

II. Das Drehbuch des französischen Films Section special

In einigen Stichworten möchte ich zunächst noch nicht auf Bücher und literarische Werke zugreifen, sondern den Blick erst auf *Drehbücher von Filmen* lenken. Auch sie sind „Literatur" und können für das Thema ergiebig sein. Ich bin nicht in der Lage, all die genialen Filme aufzuzählen, die große französische Regisseure uns geschenkt haben. Ich denke nur an „Fahrenheit 451" [15] von *F.*

[14] „Die Reichen müssen noch reicher werden. Politische Plakate" (1973), „Die Kunst findet nicht im Saale statt. Politische Plakate" (1976), „Brennpunkt 2. Die Siebziger Jahre, Entwürfe, Joseph Beuys zum 70. Geburtstag", 1970–1991 (1991), neuestens *K. Staeck*, „Das Jahr 1966. Kunst für alle", FAZ vom 2. Januar 2016, S. 6.

[15] *Fahrenheit 451.* R.: François Truffaut. Drehbuch: Jean-Louis Richard, François Truffaut. GB: 1966.

Truffaut, wo Bücher brennen, oder an die vielen Justizfilme wie „Wir sind alle Mörder“[16] von *A. Cayatte*, und „Die Wahrheit“[17] von *H.-G. Clouzot*. Für Deutschland denken wir an den „Hauptmann von Köpenick“[18] bzw. das gleichnamige Theaterstück von *C. Zuckmayer*[19] und den Roman „Der Vorleser“[20] von *B. Schlink*, einem deutschen Staatsrechtslehrer, für die USA an den Film „Das Urteil von Nürnberg“[21] mit *Marlene Dietrich*, und in diesem Kontext an *Hannah Arendt* und die Dokumentation „Das radikal Böse“[22]. Sie alle kennen das Meisterwerk von *Charlie Chaplin*: „Der große Diktator“[23].

Das verhältnismäßig junge Kunstmedium Film – als ein solches wurde der Film allgemein erst in den späten sechziger Jahren anerkannt – griff schon frühzeitig Themenbereiche aus dem Umfeld des Rechts und der gesellschaftlichen Relevanz rechtlicher Regeln auf. Doch „benutzte“ eine Vielzahl von Regisseuren und (Drehbuch-) Autoren die Filmkunst in erster Linie als ein „Forum“, um auf soziale Missstände [24] und Fragwürdigkeiten des politischen Lebens hinzuweisen. In Werken dieser Art können auch Postulate oder Appelle an Gesellschaft und Staat erblickt werden, Recht und Rechtsregeln unter Berücksichtigung sozialer Gegebenheiten zu schaffen oder zu reformieren und auf diese Weise die beanstandeten Lebensverhältnisse zu verbessern.

---

[16] *Wir sind alle Mörder*. R.: André Cayatte. Drehbuch: Charles Spaak, André Cayatte. F, I: 1952.

[17] *Die Wahrheit*. R.: Henri-Georges Clouzot. Drehbuch: Jerome Geromini, Michèle Perrein, Véra Clouzot, Simone Drieu, Henri-Georges Clouzot. F: 1960.

[18] *Der Hauptmann von Köpenick*. R.: Helmut Käutner. Drehbuch: Carl Zuckmayer, Helmut Käutner. D: 1956.

[19] *C. Zuckmayer*, Der Hauptmann von Köpenick, 1931. Viel beachtet waren und sind noch die Wer- ke von *F. X. Kroetz,* wie „Heimarbeit“ (1971), „Ich bin das Volk: volkstümliche Szenen aus dem neuen Deutschland“ (1994) – ein Rundumschlag gegen den angeblichen Rassismus in allen deutschen Schich- ten.

[20] *B. Schlink*, Der Vorleser, 1995, später auch verfilmt.

[21] *Das Urteil von Nürnberg*. R.: Stanley Kramer. Drehbuch: Abby Mann. USA: 1961.

[22] *Das radikal Böse*. R.: Stefan Ruzowitzky. D, Ö: 2013

[23] *Der große Diktator*. R.: Charles Chaplin. Drehbuch: Charles Chaplin. USA: 1940.

[24] Z.B. *Die Vergessenen*. [Los Olividados]. R.: Luis Buñuel. Drehbuch: Luis Buñuel, Luis Alcoriza. Mex: 1950, ist ein „Klassiker“ dieses Genres.

Filme wie „Wer erschoss Salvatore G.?“[25] oder „Kein Rauch ohne Feuer“[26] sind Beispiele, in denen Themen des Rechts zumindest indirekt und mittelbar behandelt und Kritik an dem Verwobensein zwischen Politik und Justiz zu Lasten der Gerechtigkeit umgesetzt wurden. Bereits in der ersten Hälfte der fünfziger Jahre hatte der frühere Jurist (Rechtsanwalt) *A. Cayatte* eine Justiztrilogie gedreht, die sich intensiv mit Fragen von Schuld und Sühne bei Verbrechen beschäftigte. Bewegend ist das Gastarbeiterschicksal im Film von *R. W. Fassbinder* „Angst essen Seele auf“ [27] sowie „Deutschland im Herbst“[28].

Ein herausragendes Beispiel für die Verarbeitung unmittelbar auf das Recht bezogener Einzelthemen bildet der heftige Kampf gegen die Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe, die Regisseure wiederholt mit den Mitteln ihrer Kunst führen.[29] Die Zweifelhaftigkeit der Wahrheitssuche durch ein Gericht – als Parabel auf die Zweifelhaftigkeit einer jeden Suche nach Wahrheit – rückte *Akira Kurosawa* in das Zentrum seines hochberühmt gewordenen Films „Rashomon“[30]. Gleichwohl stellen sich „Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat“, gibt es hoffnungsvolle Versuche, sie in neuen Verfahren zu finden: die „Wahrheitskommissionen“, zuletzt in Tunesien.

All diese Drehbücher böten genug Anlass, Grundsatzfragen der Rechtsphilosophie zu erörtern: etwa die Wahrheitssuche, das Handeln der Justiz als dritte Gewalt und Kriegsverbrechen. Im Folgenden sei nur ein „scénario“ (Drehbuch) herausgegriffen: das des französisch-

[25] *Wer erschoss Salvatore G.?*. R.: Francesco Rosi. Drehbuch: Suso Cecchi D'Amico, Enzo Provenzale, Francesco Rosi, Franco Solinas. I: 1961.

[26] *Kein Rauch ohne Feuer.* R.: André Cayatte. Drehbuch: André Cayatte, Pierre Dumayet. F: 1973.

[27] *Angst essen Seele auf.* R.: Rainer Werner Fassbinder. Drehbuch: Rainer Werner Fassbinder. D: 1974.

[28] *Deutschland im Herbst.* R.: Rainer Werner Fassbinder u.a. Drehbuch: Heinrich Böll u.a. D: 1978.

[29] Z.B. *Ein zum Tode Verurteilter ist geflohen.* R.: Robert Bresson. Drehbuch: Robert Bresson, André Devigny. F: 1956 und *Tod durch Erhängen.* R.: Nagisa Oshima. Drehbuch: Nagisa Oshima u.a. J: 1967.

[30] *Rashomon.* R.: Akira Kurosawa. Drehbuch: Shinobu Hashimoto, Akira Kurosawa. J: 1950.

italienischen Films „Section spéciale" von *Costa-Gavras*,[31] der in dem so verdienstvollen deutsch-französischen Sender „Arte" unter dem Titel „Sondertribunal" am 8. Februar 2016 um 20:15 Uhr ausgestrahlt wurde.

Die auf einer wahren Begebenheit gründende Handlung ist folgende: Im August 1941 erschießt ein junger französischer Kommunist einen deutschen Besatzungsoffizier in Paris. Die Regierung von Vichy entscheidet, dass im Voraus sechs Franzosen (Kommunisten und Juden) als Vergeltung zum Tode verurteilt werden sollen. Durch ein Gesetz des Ministerrats unter *P. Pétain* wird ein Ausnahmegericht installiert. In ihm sitzt auch der Rechtsprofessor *J. Barthélemy* (1874–1945), Justizminister in Vichy. Dieses Ausnahmegesetz sollte vordatiert rückwirkend in Kraft treten, damit die Hinrichtungen der Selektierten rasch erfolgen könnten. Das Gesetz wurde im „Journal officiel" veröffentlicht. *Barthélemy* lehnt sich in der Beratung zunächst auf, folgt jedoch dann den Anordnungen des Marschalls *Pétain*, der deutsche Repressalien befürchtet. Ich erinnere mich, dass bei der Beratung des Ausnahmegerichts in dem Film bzw. Drehbuch ausdrücklich auf das Verbot der Rückwirkung von Gesetzen (nulla poena sine lege) bzw. auf den großen *Montesquieu* und seine Gewaltenteilung Bezug genommen wird. Die deutsche Besatzungsmacht sprach von der Hinrichtung von sechs Franzosen, die terroristischer Akte schuldig waren. In Wahrheit lagen nur kleinere Delikte von zum Teil schon rechtskräftig Verurteilten vor. Die Hinrichtungen fanden statt, ohne dass später jemand zur Verantwortung gezogen wurde.[32] Dieser Film gehört zum Eindrucksvollsten und Erschreckendsten, was der Verfasser im Fernsehen in mehr als 40 Jahren gesehen hat.

[31] *Section spéciale.* R.: Costa-Gavras. Drehbuch: Costa-Gavras, Jorge Semprún, Hervé Villeré. F: 1975.

[32] Einzelheiten in: https://fr.wikipedia.org/wiki/Section_sp%C3%A9ciale_%28film%29, zuletzt aufgerufen am 10.2.2016.

III. Thesen zum Verhältnis von Poesie und Verfassung

1. Bestandsaufnahme aus der Sicht der 80er Jahre in Deutschland

Nur stichwortartig sei an die Bestandsaufnahme erinnert, die mein Büchlein über das Grundgesetz der Literaten[33] aufgelistet hatte. Viele deutsche Schriftsteller litten seit 1949 unter der Spaltung Deutschlands. Besonders kritisiert wurde aber auch die angeblich große Differenz zwischen Verfassung und Verfassungs*wirklichkeit* im Westen unseres Landes. Auch die Wirklichkeit der Demokratie und des Rechtsstaats wurde im geltenden „System" von den Literaten immer wieder kritisiert [34] , bald als eine Art „negative Verfassungspraxis" unter Hinweis auf den Verfassungsschutz[35], bald im Blick auf den sogenannten „Radikalenerlass", der Bewerber des öffentlichen Dienstes betraf. Gesprochen wurde doch tatsächlich von der Bundesrepublik als „CDU-Staat" (ein Kampfbegriff) und von ihrem angeblichen Weg zum autoritären Staat. Oft wurde das Strafrecht insgesamt kritisiert oder einzelne Normen und Gerichtsentscheidungen („Justizmethoden", Stichwort war der sog. Todesschuss gegen Terroristen). Über die Notstandsverfassung (1968) erregten sich die Schriftsteller besonders. Viele Äußerungen richten sich gegen die Juristen schlechthin; oftmals gegen Justiz und Polizei (Klassiker der Justiz- und Juristenkritik war in der Weimarer Republik *K. Tucholsky*). Die Meinungsfreiheit galt nach Auffassung der Kritiker als nicht umfassend verwirklicht („Enteignet Springer!"). Auch die bestehenden Eigentums- und Besitzverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland fanden viel Kritik. Ungeteilte Zustimmung zur Wirklichkeit der grundgesetzlichen Verfassung gab es von namhaften Autoren selten. Zuweilen wurden jedoch die Realitäten der DDR, vor allem von Ausgebürgerten wie *W. Biermann* (auch *R. Kunze* oder *Sarah Kirsch*) kritisch beim Namen genannt. Direktzitate von *G. Grass* und *R. Hochhuth* sind im Rückblick oft

[33] *P. Häberle* (Fn. 1).

[34] Zitat R. Hochhuth: „Es ist ein Märchen, die Bundesrepublik sei ein Rechtsstaat", 1971; von ihm das umstrittene Schauspiel „Der Stellvertreter" (1962).

[35] Zitat E. Fried: „Der Verfassungsschutz begräbt die Demokratie".

erstaunlich.[36] Besonders im Rückblick aus dem heute glücklich wiedervereinigten Deutschland überrascht die damalige scharfe Kritik bei vielen Autoren.

Ich wage schon hier eine Überlegung zu Deutschland und Frankreich im Vergleich. Die sehr deutsche Neigung zur Übertreibung, zu extremen Positionen (so bereits *Lessings* Freund und Verleger *Friedrich Nicolai*) bzw. zum Rückzug auf die Innerlichkeit dürfte ein Grund sein, warum viele Literaten damals mit dem GG als Verfassung des Maßes und der Mäßigung der Freiheit als Normalität zu wenig anzufangen wussten. Zu Recht wird indes für Deutschland das Fehlen einer „politischen Kultur der schreibenden Zunft" konstatiert, im Gegensatz zu Frankreich und seinem „kulturellen Nationalismus". Die Marseillaise der Franzosen ist ein literarischer und musikalischer Text, der immer neu am Grundkonsens arbeitet und ein Stück der französischen Republik und Identität ausmacht.

Frankreich kann hier bis an die Schwelle unserer Tage positiven Anschauungsunterricht vermitteln. Bei aller Kritik an politischen Zuständen und Vorgängen im Einzelnen: von *V. Hugo* bis *J.-P. Sartre* hat hier „Literatur" einen die Republik mitbegründenden Stellenwert. Das kam nicht zuletzt in dem berühmten Satz von *de Gaulle* über *Sartre* zum Ausdruck: „Einen *Voltaire* verhaftet man nicht". Eine derartige „Verfassungs(sub)kultur" kann gewiss nicht von heute auf morgen begründet werden, sie lässt sich auch nicht einfach „kopieren". In Frankreich war und ist Literatur nun einmal kontinuierlich „politischer" als in Deutschland. Dennoch zeigt sich die Zusammengehörigkeit von Verfassungsstaat und Literatur: Sie muss wachsen können. Erwähnt sei auch, dass in Frankreich große Staatsmänner oft und spätestens in ihren Memoiren zu Schriftstellern von Rang wurden. Das gilt wohl für *Ch. De Gaulle* und *F. Mitterrand,* etwas weniger wohl für *K. Adenauer.* Wie verhält es sich mit der französischen Elite im Frankreich von heute?

Aktuell wäre es reizvoll, in unseren Jahren für Deutschland die Aussagen von Literaten über das Heute widerzuspiegeln. Eine solche Bestandsaufnahme kann hier nicht geleistet werden. Stichworte

[36] Nachgewiesen im obigen Band.

müssen genügen. Man denke an die Wirtschaftskrise (das Bankensystem), die Eurokrise im Blick auf Griechenland und derzeit die Flüchtlingskrise, in der die spätere „Schöne Literatur" wohl mindestens den humanitären Impetus der deutschen Bundeskanzlerin rühmen wird, so etwa die Schriftstellerin R. Klüger im deutschen Bundestag am 26. Januar 2016. Man denke auch an den soeben preisgekrönten Film von *G. Rosi,* „Fuocoammare – Seefeuer"[37]. Vielleicht gibt es aber in unserem Jahrzehnt weniger Wortmeldungen der „Schönen Literatur" als zur stark politisierten Zeit der 68er. Nur eine wortgewaltige Stimme sei zitiert: *G. Grass*, Europas Schande:

„Dem Chaos nah, weil dem Markt nicht gerecht, bist fern Du dem Land, das die Wiege Dir lieh.

Was mit der Seele gesucht, gefunden Dir galt, wird abgetan nun, unter Schrottwert taxiert.

Als Schuldner nackt an den Pranger gestellt, leidet ein Land, dem Dank zu schulden Dir Redensart war.

Zur Armut verurteiltes Land, dessen Reichtum gepflegt Museen schmückt: von Dir gehütete Beute.

Die mit der Waffen Gewalt das inselgesegnete Land heimgesucht, trugen zur Uniform Hölderlin im Tornister.

Kaum noch geduldetes Land, dessen Obristen von Dir einst als Bündnispartner geduldet wurden.

Rechtloses Land, dem der Rechthaber Macht den Gürtel enger und enger schnallt.

Dir trotzend trägt Antigone Schwarz und landesweit kleidet Trauer das Volk, dessen Gast Du gewesen.

Außer Landes jedoch hat dem Krösus verwandtes Gefolge alles, was gülden glänzt gehortet in Deinen Tresoren.

Sauf endlich, sauf! schreien der Kommissare Claqueure, doch zornig gibt Sokrates Dir den Becher randvoll zurück.

Verfluchen im Chor, was eigen Dir ist, werden die Götter, deren Olymp zu enteignen Dein Wille verlangt.

Geistlos verkümmern wirst Du ohne das Land, dessen Geist Dich, Europa, erdachte."[38]

---

[37] *Seefeuer*. [Fuocoammare]. R.: Gianfranco Rosi. Drehbuch: Gianfranco Rosi. I: 2016.

[38] *G. Grass*, Europas Schande, 2012.

Welch'ein kraftvoller Text desselben G. Grass, des Literaturnobelpreisträgers (1999), der die rasche deutsche Wiedervereinigung 1990 kritisierte und die DDR leider einmal als „kommode Diktatur" bezeichnete.

In der Geschichte des deutschsprachigen Verfassungsstaates gibt es große Beispiele poetischer oder dramatischer Erfassung der Verfassung eines Volkes. So heißt es bei *G. Büchner:*

„Die Staatsform muss ein durchsichtiges Gewand sein, das sich dicht an den Leib des Volkes schmiegt. Jedes Schwellen der Adern, jedes Spannen der Muskeln, jedes Zucken der Sehnen muss sich darin abdrücken."[39] Ein Klassikertext der Jurisprudenz wie der Dichtung ist aber auch der weniger revolutionär als demokratisch im Bann von 1789 stehende Text *Gottfried Kellers* von 1864, der für die Schweiz und ihre gewachsene Verfassung das Richtige trifft in dem Satz:

„Uns scheinen jene Verfassungen die schönsten zu sein, in welchen ohne Rücksicht auf Stil und Symmetrie ein Concretum, ein errungenes Recht neben dem anderen liegt, wie die harten glänzenden Körner im Granit und welche zugleich die klarste Geschichte ihrer selbst sind."

Dieses Zitat ist zugleich ein schönes Zeugnis kulturwissenschaftlichen bzw. kulturgeschichtlichen Verfassungsdenkens. Dass es bis heute eher in der Schweiz als in Deutschland rezipiert wurde, ist kein Zufall.

2. Die gemeinsame republikanische Verantwortung von Juristen und Literaten im Verfassungsstaat

Sieht man die rechtliche Verfassung, ihre Wissenschaft und die Kunst als „andere" Ausformung von menschlicher Kultur von vornherein zusammen, erweitert man die „rein juristische" Betrachtung um die skizzierte kulturwissenschaftliche, so ergibt sich daraus „republikanische Verantwortung" zur gesamten Hand: *optimale* Sollforderungen an den Verfassungsstaat, seine Garantien und Leistungen für Kunst und Wissenschaft sowie *minimale*

[39] *G. Büchner*, Dantons Tod, 1835, 1. Akt, 1. Szene.

Erwartungen gegenüber Kunst und Wissenschaft. Beides sei im Folgenden kurz umrissen.

a) *Verfassungsstaat als Kulturstaat, insbesondere im Blick auf Literatur*

So begrenzt rechtliche Instrumente und Einrichtungen in ihrer Wirkung auf Kunst, insbesondere Literatur, immer bleiben werden, so unverzichtbar sind sie: Der Verfassungsstaat muss kulturelle Freiheit negativ ausgrenzen (status negativus von *G. Jellinek*) und zugleich durch manche Leistungen positiv zu effektivieren suchen. Offenheit der kulturellen Prozesse, ein Höchstmaß an Toleranz gegenüber Künstler und Kunst, etwa im Strafrecht, leistungsstaatliche Momente wie „Staatspreise", aber auch Information über die Kunst, etwa in Schulen, Ausbau von Kunsthochschulen, andere Formen der Förderung künstlerischen Schaffens, z.B. die Einrichtung von Stadtschreibern, auch – Zeichnern, „ohne Auflage" – all dies ist vom Verfassungsstaat um seiner selbst willen zu verlangen. In dem Maße, wie er sein Kulturverfassungsrecht im Zeichen eines „offenen Kulturkonzepts" ausbaut, gewinnt er ein Stück seiner eigenen Zukunft. Sie entscheidet sich weniger durch Juristenarbeit denn durch Hervorbringungen anderer Wissenschaften und der Kunst.

Die innergesellschaftliche Vermittlung von Orientierungswerten, die so nur auf dem Boden des Grundgesetzes möglich sind, bleibt jedenfalls eine unverzichtbare Aufgabe. Ein kulturwissenschaftlicher Ansatz im Verfassungsstaatsdenken bewährt sich auch darin, dass er die hier behandelte Fragestellung erkennt und erarbeitet.

Die verfassungsstaatlichen Texte, die „Erkenntnisse und Leistungen von Wissenschaft und Kunst allen zugänglich machen" wollen (so z.B. Art. 24 Verf. Kanton Unterwalden/Schweiz, 1968), machen Kunst und Wissenschaft auf längere Sicht zum „geistigen Eigentum" aller. Diese immer häufiger werdenden Verfassungsaufträge gehören in den Zusammenhang des Postulats „Kultur für alle" (*Hilmar Hoffmann*), in unserem Kontext heißt dies: „Literatur für alle." Fragt man nach dem Sinn solcher Verfassungstexte, so ist er weniger i.S. einer wie auch immer gearteten „Demokratisierung" zu suchen – i.S. von „keine Kunstprivilegien!" –,

als vielmehr in grundrechtlichen, anthropologischen Zusammenhängen. Individuelle Freiheit ist kulturell erfüllte Freiheit! Objektivationen von Kunst und Wissenschaft sind aus der Sicht des Schaffenden ein Stück *seiner* individuellen Sinngebung, sie könne aber darüber hinaus objektiv zu Möglichkeiten der Sinngebung für *andere* (Bürger) werden: und damit ein Stück Kultur in der Spannung von Produktion und Rezeption.

Diese Sicht entspricht einem kulturwissenschaftlichen Ansatz, der den herkömmlich juristischen *ergänzen* möchte. Individuelle Freiheit „wird" nicht im luftleeren Raum, sie ist keine „natürliche Freiheit", sie ist Kulturbegriff. Der Einzelne bedarf zur *eigenen* Persönlichkeitsentfaltung, zur eigenen Identitätsfindung i.S. der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG kultureller Leistungen vieler Generationen und nicht weniger schöpferischer Persönlichkeiten. Die anthropologische Bedürfnisstruktur richtet sich auf Kultur. Volksschule und Volks- bzw. Erwachsenenbildung waren bzw. sind eine erste Errungenschaft auf dem Weg „verallgemeinerter" verfassungsstaatlicher Kultur. Der Auftrag, Kultur allen zugänglich zu machen, ist die *heute* aktuelle Textstufe auf diesem Weg. Der Verfassungsstaat sollte dabei nur „Angebote" machen. Ob und wie der Einzelne die ihm zugängliche Kunst und Wissenschaft auf- und annimmt, liegt in seiner grundrechtlichen Freiheit. Kulturelle Allgemeinheit und kulturelle Freiheit sind zwei Seiten derselben Sache.

Warum diese Forderungen an den Ausbau des Kulturverfassungsrechts auf jedweder Ebene staatlichen Handelns? Weil der Verfassungsstaat auf Kunst und Literatur als eine Hervorbringung der Freiheit, als „kulturelle Kristallisation" angewiesen ist. Literarische Werke, auch filmische, wirken als „Ferment", sie sind „Stoff", aus dem das Recht und die Juristen einer offenen Gesellschaft kurz-, mittel- und langfristig viel Anregung und „Material" sowie (Orientierungs-) „Werte" gewinnen können. Die Wachstumsprozesse des Verfassungsstaates sind auf nichtjuristische Literatur angewiesen: auf sog. (meist plakative) „politische, engagierte Literatur" ebenso wie auf höchst „privat" erscheinende wie wohl der Großteil der Lyrik. Denn so wie das Pri- vate Lebensbedingung einer Verfassung des Pluralismus ist, so wird aus dieser Privatheit

Geschaffenes zu einem Moment des Verfassungsstaates. Die *ganze* Bandbreite von Literatur ist in diesem Sinne positiv zu sehen. Die Innovationskraft der Literatur kann selbst noch in vehementen „Systemkritiken" durchschlagen: insofern sie aus Stückwerk-Reformen Schubkraft entwickelt.

Die Verfassung des Pluralismus muss auch den „Systemkritiker" (er)tragen können: soweit nicht ihre „Toleranzgrenze" vor allem der Art. 18 und 21 GG überschritten wird.[40]

So können von der „linken Szene", vor allem der 68er, namhaft gemachte Demokratiedefizite Anlass sein, sich der Notwendigkeit der Verstärkung unmittelbarer Demokratie zu erinnern (vorbildlich in Bayern auf kommunaler Ebene die Bürgerbeteiligung), so kann Polemik gegen die sog. „Berufsverbote" zu der Frage führen, ob die damalige „Regelanfrage" für Bewerber des öffentlichen Dienstes einer Nutzen-/ Kostenrechnung standhält. Der Stachel, der in der Literaturszene des „anderen linken Teils" unserer damaligen Republik saß und manchen von uns stach – denken Sie an Bücher wie *W. Jens'* „Republikanische Reden"[41] oder die „Briefe zur Verteidigung der Republik"[42] – gehört ebenso hierher wie *G. Grass'* Festhalten an der Einheit Deutschlands als Kulturnation (1979). An die Wende zum sozialliberalen Aufbruch 1969 und die erste Regierungserklärung von *W. Brandt* sei erinnert. Dieser Aufbruch wurde von vielen Schriftstellern voller Hoffnung mitgetragen. Die deutsche Staatsrechtslehre hat erst Anfang der 80er Jahre die reiche Fülle des Begriffs „Republik" wiederentdeckt.

Gerade die Staatsrechtswissenschaft tut gut daran, die „laienhafte" Vorformulierung von Reformwünschen und -notwendigkeiten, von neuen Bedürfnissen und Nöten der Menschen, von Hoffnungen und Wünschen in der Kunst ernst zu nehmen und insofern auf Literatur und Literaten zuzugehen: nicht nur an Festtagen und nicht bloß „ornamental". Fast jedes *Klassiker*zitat von heute ist einmal ein *Kritiker*zitat von gestern gewesen: Mancher heutige Kritikersatz kann zu einem Klassikersatz von morgen werden!

---

[40] Vgl. BVerfGE 2, 1 (10 ff.) – SRP-Urteil [1952]; siehe auch das von den Literaten viel kritisierte KPD-Urteil, E 5, 85 [1956].

[41] *W. Jens*, Republikanische Reden, 1979.

[42] *F. Duve/H. Böll/K. Staeck*, Briefe zur Verteidigung der Republik, 1977.

In Deutschland gab es immer wieder Defizite im Verhältnis zwischen Politikern und Literaten. Man denke an ein berühmt berüchtigtes „Pinscher Zitat" von *L. Erhard*. Vielleicht verfolgen die Staatsrechtslehrer die Aussagen der „Schönen Literatur" zu verfassungsrechtlichen Themen zu wenig. Dieses Defizit ist umso bedauerlicher als auch Staatsrechtslehre ein Stück „Literatur" sein kann, und wo sie es ist, sich zusätzlich Rezeptionsmöglichkeiten eröffnet. Große Stilisten wie *O. Mayer* oder *G. Jellinek* haben darum wohl immer gewusst. In der Zivilrechtslehre gilt entsprechen- des für einen *F. C. von Savigny* zur Goethezeit oder einen für *Martin Wolff* in der Weimarer Zeit, wohl auch für *Ernst Rabel*: Ihre juristische Literatur war wissenschaftliche Prosa von Rang und sie begründete auch dadurch auf Teilgebieten die Rechtskultur mit. Für Frankreich darf ich vielleicht den von mir schon in meiner Dissertation über die grundrechtliche Wesensgehaltsgarantie[43] rezipierten *Maurice Hauriou* benennen – so schließt sich ein kleiner Kreis zu Montpellier.

Diese Relevanz der Literaten als Nichtjuristen ist Konsequenz des hier vertretenen Konzepts der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten". Auch die Äußerung des Nichtjuristen zu Verfassungsfragen ist ein Beitrag zum „Konzert" des Ganzen in den Prozessen der „Erfindung" von Orientierungswerten, wie auch der inhaltlichen Bestimmung der Grundbegriffe des Verfassungsstaates. Verfassung als Teil des Kulturzustandes eines Volkes ist mehr als juristisches Regelwerk. Ob und wie sie auf Dauer „hält", ist nicht allein Sache der Juristen, nicht nur Sache aller Bürger im Allgemeinen, sondern auch der Künstler und Literaten, jener also, die von Berufs, wenn man will: von „Amts wegen" mit dem Wort umgehen.

Hinzu kommt: Gerade in Not- und Krisenzeiten, wie sie uns vielleicht noch verstärkt bevorstehen, ist die rechtliche Verfassung nur begrenzt wirksam, wenn sie nicht durch kulturelle Strukturen (auch emotionale Inhalte) abgesichert und „gehalten" wird. Verantwortungszusammenhänge werden durch das (Verfassungs-)Recht nur zum Teil und sehr fragmentarisch gestiftet. Umso

[43] *P. Häberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1962; 3. Aufl. 1983.

notwendiger sind kulturelle Traditionen, Inhalte und Orientierungswerte als grundierende Elemente.

Gerade die bei der Meinungs- und Pressefreiheit oft hervorgehobene kritische Funktion ist ein originäres Kennzeichen auch der Kunstfreiheit (neben der Religions- und Wissenschaftsfreiheit die wichtigste Freiheit): In *Goethes* Diktum erkannt:

„Wer Wissenschaft und Kunst hat, hat Religion; wer diese nicht hat, habe Religion." Übertreiben ist ein legitimes Stilmittel und Kunstmittel – man denke an die politische Karikatur, auch das Kabarett. Insofern ist Kunst ein Teil „Spannungsfeld" (*D. Göldner*), wie sie den Pluralismus kennzeichnet. (Schöne) Literatur lebt in großen Teilen eben gerade von einer Kritik an den „Verhältnissen". Da sie am stärksten von Recht und Verfassung „statisch" gehalten werden, sind diese ihr „natürlicher" Widerpart.

Kritische Literatur ist ein Ferment in den Gärungsprozessen der Gesellschaft bzw. Öffentlichkeit, sie dient auch der Formulierung des Selbstverständnisses eines pluralistisch verfassten Volkes (juristisch relevant ist auch das Selbstverständnis des Künstlers für die Auslegung des Art. 5 Abs. 3 GG). Es dürfte jedenfalls nicht überraschen, wenn einmal ein Dichter den Satz wagen würde: „Der Verfassungsstaat ist zu wichtig, als dass man ihn nur den Juristen überlassen dürfte." Sicher tut jedenfalls ein Stück Selbstbescheidung des Juristen und Wissenschaftlers Not. Er kann nur eine Teilaufgabe erfüllen. Anders formuliert: Wir alle sind Hüter der Verfassung.

Das hier gesuchte Verhältnis zwischen Literatur und politischem Gemeinwesen ist nicht etwa irgendeine Art von „Staatsdichtung" bzw. „Staatskunst" oder „positiver Kunst". Sie hat dem Staat meist wenig genutzt und dem Autor eher geschadet. *Vergil* im alten Rom mag eine Ausnahme sein. Zu Recht meint der Russe *L. Kopelew* in seiner Frankfurter Rede als Friedenspreisträger des deutschen Buchhandels 1981:

„Das wahre geistige Leben in allen Ländern, besonders in denen, die autoritär oder gar totalitär beherrscht werden, entwickelt sich unabhängig von der Staatsmacht. Staatspolitische Traditionen, administrative Routine und ideologische Überlieferungen blieben

entweder fremd oder stehen den geistigen, sittlichen Traditionen, den Überlieferungen nationaler Kultur direkt feindlich gegenüber."

Dieser stark von der Idee der Nationalkultur und Kulturnation her geprägte Passus steht gewiss unter dem Eindruck der totalitären UdSSR (Könnte dieser Satz auch im gegenwärtigen Russland von Putin geschrieben sein?). Aber dieser Satz dürfte bedingt auch für freiheitliche Verfassungen gelten, jedenfalls kann er gegenüber jeder Art „konstantinischer Nähe" skeptisch machen.

Historisch gab es wohl immer Schwierigkeiten, Missverständnisse und Opposition zwischen Literatur und (Verfassungs-)Rechtsordnung. Position war (und ist) Opposition. Heute wendet sich die Opposition naturgemäß stärker gegen die überpersönliche „objektive" Rechtsordnung, in älteren Zeiten gegen den Herrscher, den Regenten oder eine sonstige Obrigkeit, die ihrerseits die gesellschaftliche Ordnung verkörperten. Ein Grund für das Missverhältnis dürfte auch darin liegen, dass sich der Literat eher kritisch mit „negativen Erscheinungen" befasst, während ein Panegyrikos der geltenden Institutionen und Rechtszustände oft eher langweilig und reizlos wirkt und die Schöpferkraft kaum stimuliert. Gute Literatur ist kaum affirmativ. Sie braucht offenbar Dissens in der Gesellschaft.

b) *Minimalerwartungen an Kunst und Literatur*

So *optimal* der Verfassungsstaat der Sache Kultur und der sie schaffenden Personen Rechnung tragen soll, so *minimal* müssen freilich alle „Erwartungen" des Verfassungsstaates bleiben. Hier gibt es keine „Automatik" zwischen „input" und „output". Hier darf nicht nur nichts erzwungen werden, hier gilt nicht nur das Gebot „Pluralität statt Konformität", hier muss jene Freiheit bleiben, aus der erst „kritische Sympathie" zum Verfassungsstaat erwachsen kann. Der Verfassungsstaat will keineswegs seine Literaten als Bürger einfach „eingemeinden" oder sonst vereinnahmen. Es gehört zu seiner Offenheit, dass er Systemkritiker unterschiedlicher Schärfe „erträgt". Die ihm dadurch vermittelte Spannung ist keineswegs schlechthin schädlich. Sie kann zu neuen Lösungen anregen und der Entwicklung dienlich sein. Fragwürdig wird das Verhältnis von Literatur und Verfassungsstaat erst dann, wenn mangelnde Informiertheit zu

krassen Fehlurteilen führt, wenn sich eine fast durchgehende literarische „Verweigerungsfront" aufbaut. Vieles deutet darauf hin, dass in unserer deutschen Republik nach 1968 die Dinge so lagen.

Wir Juristen dürfen die Literatur und Literaten deshalb an ihre Unentbehrlichkeit erinnern, wir haben ihnen Informationen über das Grundgesetz anzubieten und sollen Öffentlichkeitsarbeit für unsere Verfassung zu leisten. Diese Arbeit ist nötig, um den Eindruck *B. Brechts* zu vermeiden: „Das Recht ist eine Katze im Sack." Wir können auch erwarten, dass sich Künstler ihrerseits „objektiv" informieren und ihre Vorurteile abbauen – all dies wäre schon viel, ja genug. Jedes Mehr könnte aber in „Gängelung" umschlagen, schon im bloßen Anschein. Es würde die Fremdheit und Kluft zwischen Juristenkunst und Literatur, zwischen Staatrechtslehre und Intellektuellen nur weiter vertiefen. Das Verhältnis des Literaten und Dichters zur politisch-rechtlichen Sphäre wird wohl immer prekär sein; im Rahmen einer offenen Gesellschaft sollte es aber nicht „umstürzend" und nur von Missverständnissen geprägt sein. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass „Schöne Literatur" oft auch und gerade im Widerstand am Gegner reift, dass der Literat oft etwas Anarchistisches hat und haben muss, dass er persönlich mitunter ganz im Privaten bleiben will und dass die dichterische Radikalität und Zuspitzung „berufsnotwendig" sein kann, damit es zu selbstständigen schöpferischen Leistungen kommt.

Was mitunter prima facie als „Verweigerungsfront" aussehen könnte, ist also komplizierter. Kameradschaftliches Schulterklopfen, Anbiederungen oder andere Formen der „Einbindung" des Literaten von Seiten des „Kulturstaates", seines Rechts und seiner Politiker, auch der Staatsrechtslehrer, wären fehl am Platz. Das nimmt aber dem vorliegenden Versuch, der „Schönen Literatur" (auch der Filmkunst) einen verfassungstheoretischen Spiegel vorzuhalten, nicht die grundsätzliche Berechtigung.

Vielleicht kann speziell die Staatsrechtswissenschaft sich erinnern, dass sie selbst ein Stück Literatur und der Staatslehrer Autor ist. Das verstärkt zwar die Anforderungen an die Qualität unserer Texte und an die Sorgfalt, mit der wir Juristen unsere Sprache formulieren, könnte aber ein Vehikel für ein Mehr an Verständnis zwischen Verfassungsstaat und Literatur sein. Es ist bitter notwendig.

Unser politisches Gemeinwesen sollte also nicht nur eine „Republik der Gelehrten" sein, sondern dank der Gelehrtenrepublik auch zu einer Republik der Literaten im doppelten Sinne des Wortes werden können. Letztlich ist unsere Republik freilich *allen* anvertraut: Verantwortung kommt allen Bürgern zu. Wird sie gesamthänderisch und arbeitsteilig wahrgenommen, kann das Grundgesetz wirklich noch ganz zur besten – *gelebten* – Verfassung werden, die es je auf deutschem Boden gab!

IV. Appendix: Utopie-Thesen einer vergleichenden Verfassungslehre

Die „*Utopie-Thesen*" einer vergleichenden Verfassungslehre als juristischer Text- und Kulturwissenschaft lauten:

(1) Utopien bilden eine unentbehrliche Literaturgattung und Wissenschafts- bzw. Kunstform zur teils legitimierenden, teils kritischen Selbstvergewisserung. Sie bringen bald Erfahrungen, bald Hoffnungen des Menschen ein: Sie sind anthropologisch begründet.

(2) Da die Geschichte lehrt, dass speziell der demokratische Verfassungsstaat zur „kulturellen Errungenschaft" nicht zuletzt dank Utopien, „Phantasien", Visionen und „Träumen" seiner Klassiker geworden ist, muss in der Zukunft Offenheit bestehen für neue oder gewandelte klassische Utopien als „Katalysatoren" oder „Fermente". Man denke an *Martin Luther Kings* „Traum" der Rassenintegration in den USA, der in vielem bis heute noch nicht Wirklichkeit geworden ist und in Form eines neuen Feiertages 1986 juristisch wie kulturell dort besondere verfassungsstaatliche Gestalt angenommen hat. Insofern zielt die These von einer Erschöpfung utopischer Energien, sollte sie richtig sein, auf ein Krisensymptom, das den demokratischen Verfassungsstaat nicht gleichgültig lassen kann. Jeder Verfassungsstaat braucht ein unverzichtbares „Utopie-Quantum".

(3) Das schließt nicht aus, dass die Verfassungslehre bewusst wertet und zwischen „positiven" und „negativen Utopien" (z.B. „geschichtsphilosophischen" oder „totalitären") unterscheidet. Das schönste, bislang nur punktuell verwirklichte Beispiel einer „positiven" Utopie ist bis heute *I. Kants* philosophischer Entwurf

„Zum ewigen Frieden“ [44], das einer „negativen“ bildet *Orwells* „1984“[45] oder der Film „Fahrenheit 451“[46].

(4) Die Verfassungslehre sollte zwischen der unentbehrlichen Kritikfunktion von Utopien und ihrer Warnfunktion unterscheiden und die Gefahren klassischer wie neuerer Utopien unerschrocken beim Namen nennen: z.B. den Marxismus/Leninismus oder den Anarchismus, heute geschlossene „Gottesstaaten“ des Islam (Iran, Afghanistan).

(5) Diese differenzierte Einordnung von Utopien bedeutet eine Korrektur am Denken *Poppers* in dem Maße, wie sein „kritischer Rationalismus“ der inhaltlichen Ergänzung um die kulturwissenschaftliche Methode bedarf. Utopien können antizipierend und sehr kreativ „Vermutungswissen“ schaffen, das, im Wege der „Stückwerkreform“ verwirklicht, die Entwicklungsprozesse des Verfassungsstaates bereichert. Selbst Utopien einer „geschlossenen Gesellschaft“ wie die *Platons* oder des Marxismus vermögen als Gegentypus zum Verfassungsstaatsmodell positive Wirkungen zu zeitigen. Diese differenzierende Einordnung baut aber insofern auf *Popper* auf, als sie mit ihm an die „Offenheit des Geschichtsverlaufs“ und die Möglichkeit individueller Sinngebung glaubt und sich eben hierin gegen den Marxismus oder deterministische Systeme stellt. Alldem liegt freilich das „gedämpft optimistische Menschenbild“ und der „wissenschaftliche Optimismus“ zugrunde, wie er die Verfassungslehre in Einzelfragen (etwa bei den Erziehungszielen oder beim resozialisierenden Strafrecht) sowie im Ganzen kennzeichnen sollte.

(6) Die Verfassungslehre bzw. der Typus „Verfassungsstaat“ hat den Menschen Raum für ein „Utopie-Quantum“ zu geben: dies nicht nur in Gestalt der Ausgrenzung und Förderung kultureller Freiheiten (auch der Religionen!), sondern sogar weit intensiver: indem Verfassungstexte Hoffnungen (z.B. früher auf die Einheit Deutschlands oder – heute – Irlands) normieren, die mindestens konkrete „Utopie-Wünsche“ sind. Das „Prinzip Hoffnung“ [47], das „Prinzip Verantwortung“ [48], z.B. im

[44] *I. Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795.
[45] *G. Orwell*, 1984, 1949.
[46] *Fahrenheit 451* (vgl. Fn. 15).
[47] *E. Bloch*, Werkausgabe, Band 5: Das Prinzip Hoffnung, 1985.
[48] *H. Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, 1979.

Umweltschutz, stimuliert fruchtbare Verfassungsentwicklungen, weil der Mensch Hoffnung wie das Atmen braucht und das Gemeinwesen von verantworteter Freiheit lebt. So weit Verfassungstexte in ihrer juristischen Dimension grundsätzlich von Utopien entfernt sind und ihrer Eigenart entsprechend entfernt bleiben müssen: in Teilbereichen können sie „noch" Utopien sein – auch das Sozialstaatsprinzip war zur Zeit von *H. Heller*[49] und dann 1949 unter dem GG zuerst ein Stück Utopie!

(7) Kunst und Künstler nehmen nicht selten vorweg, was die politische Wirklichkeit später auf die „Tagesordnung" setzt: Man denke an den „Krieg der Sterne" als Film in den 70er Jahren und als verteidigungspolitisches (oder gefährliches?) Konzept weltpolitischen Handelns in den 80er Jahren oder an die tschechische Wahrheitsphilosophie von *V. Havel* mit Blick auf das Jahr 1989.

(8) In dem Maße, wie Verfassungslehre als Wissenschaft insgesamt auf Kunst und Künstler „hören" sollte, um Sensibilität für neue Probleme zu gewinnen, muss sie der Utopie in ihrem Rahmen einen erklärten hohen Stellenwert verschaffen, freilich auch bestimmte Grenzen ziehen: Sie liegen vor allem dort, wo Gewalt und Unfreiheit zum Mittel erzwungener, „*für später*" versprochener Ideal-Zustände werden. *Poppers* Postulat der „Stückwerkreform" bleibt verfassungspolitische Maxime. Mit dieser Maßgabe können utopische Texte „*Klassikertexte*" sein und zu *Verfassungs*texten im „weiteren Sinne" werden.

(9) So gesehen sind Utopien ein Stück „kulturellen Erbes" des Verfassungsstaates als Typus, auch dort, wo sie ihm bis heute vorausgeeilt sind oder wo sie gegen ihn geschrieben wurden: Er gewinnt aus ihnen und zu Teil gegen sie Konturen. Er wird teils von ihnen „provoziert", teils muss er sich an ihnen bewähren, z.B. im Umgang mit anderen Staaten im Völkerrecht i.S. von *Kants* „Ewige[m] Frieden": als „kooperativer Verfassungsstaat".

(10) Utopien dürfen, ja sollten den Menschen „beunruhigen", dasselbe gilt für den Verfassungsstaat. Sie können ihn aber auch „beruhigen": weil und insoweit sie von ihm vielfach eingelöst worden sind und ihm die Gedankenfreiheit bestätigen. Man vergegenwärtige sich das einst „utopische" Menschenwürde-Gebot und seine jahrhundertelange

[49] *H. Heller*, Rechtsstaat oder Diktatur?, 1930.

Kulturgeschichte bzw. seine heutige *Idealität* und *Realität* im gelingenden Verfassungsstaat.

Abstract: The contribution explores the many perspectives from which an analysis on "law and poetry" should move. Since the "Constitutional State" is animated by different ideas and ideals concerning the basic foundations of coexistence, these should encompass the dynamic elements offered by cultural and artistic sources. In particular, poetry gives expression to the utopian attitudes of the "Constitutional State", that coincides with its capacity to continuously promote social, legal and cultural change.

Keywords: poetry, utopia, law and literature, constitutional state, legal culture

Peter Häberle: Professor Dr. Dr. h.c. mult. Universität Bayreuth

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*

Corrado Caruso

SOMMARIO: 1. L'inizio della storia: Maastricht e la *Stabilitätsgemeinschaft.* - 2. Il diritto europeo della crisi. - 3. Il rinnovato ruolo della Commissione europea. - 4. Dinamiche di accentramento nell'Unione: il federalismo esecutivo. - 5. Il federalismo esecutivo e le reazioni delle Corti. - 6. Le proposte di riforma della *governance* economica e dell'assetto istituzionale dell'UE. - 7. Alla ricerca dell'unità politica europea. La crisi delle teorie sull'integrazione.

1. *L'inizio della storia: Maastricht e la Stabilitätsgemeinschaft*

Che la crisi economica europea si sia tradotta, nello spazio pubblico europeo, in una crisi istituzionale dell'Unione è osservazione ormai acquisita nella riflessione scientifica [1]. Crisi per certi versi inevitabile, solo si pensi all'assetto della *governance* economico-monetaria, risultato compromissorio della separazione, a partire dal Trattato di Maastricht, tra politica monetaria, lasciata a un'istituzione sovranazionale, e politica economica, gestita attraverso procedure di coordinamento intergovernativo[2].

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Per una panoramica sulla dottrina del diritto pubblico europeo della crisi v. G. Martinico, *Le Implicazioni Costituzionali della Crisi. Una Rassegna della Letteratura*, in *Federalismi.it*, 26/2016.

[2] Nella dinamica intergovernativa, il ruolo di impulso è lasciato al Consiglio europeo, co-adiuvato dal Consiglio, con funzioni meramente tecnico-amministrative lasciate alla Commissione. Per tutti, R. Dehousse, L. Boussaguet, *L'impact de la crise sur la gouvernance europe enne* in *Pouvoirs*, 149 (2014), p. 9.

La scelta, poi ereditata dal Trattato di Lisbona[3], di lasciare al coordinamento dei governi nazionali le decisioni in materia economica ha rappresentato la necessaria contropartita alla comunitarizzazione del governo della moneta[4], affidato ad un organo *ad hoc*, indipendente e neutrale rispetto alle istituzioni nazionali.

Dietro questo compromesso, si celava un accordo tra le maggiori potenze del continente europeo. La rinuncia tedesca al marco era motivata dalla necessità di quietare i timori francesi riguardo alla volontà di potenza della riunificata Germania, che sarebbe così stata imbrigliata dalla gestione sovranazionale della moneta[5]. L'abbandono della valuta tedesca convinse la Francia a cedere alla Germania il ruolo di guida nella gestazione dell'Unione economico-monetaria, da edificare attorno a indici macroeconomici che valessero a rendere «l'euro solido e monolitico come lo ero stato il marco tedesco»[6]. Dal canto suo, l'Italia vedeva nell'Unione monetaria l'opportunità per un deciso ripensamento delle proprie politiche, riponendo nell'impegno preso con i *partners* europei – il cd. «vincolo esterno», *topos* ricorrente della politica italiana[7] – le speranze per quella virtuosa gestione delle finanze pubbliche di cui la classe dirigente del Paese si era mostrata incapace[8].

D'altronde, l'adozione della moneta unica era patrocinata dalle stesse istituzioni europee[9], quale misura di perfezionamento del

[3] Cfr. art. 2.3 TFUE: «gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali secondo le modalità previste dal presente trattato, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione».

[4] Sul punto S. Fabbrini, *Intergovernmentalism and its limits: Assessing the European Union's Answer to the Euro Crisis*, in *Comparative Political Studies*, 46(9) 2013, 1008, nonché, se si vuole, C. Caruso, M. Morvillo, *Economic governance and budgetary rules in the European context: a call for a new european constitutionalism*, in Dir. Un. Eur., 4/2014, p. 711.

[5] V. Castronovo, *L' avventura dell'unità europea. Una sfida con la storia e il futuro*, Torino, 2004, p. 87-89.

[6] V. Castronovo, *Storia economica d'Italia. Dall'Ottocento ai giorni nostri*. Torino, 2013, p. 472.

[7] C. Bickerton, *European Integration: from Nation States to Member States*, Oxford, 2012, p. 132 e ss.

[8] V. Castronovo, *L'avventura*, cit., p. 98.

[9] Il cd. Rapporto Delors, stilato dal comitato presieduto dall'allora Presidente della Commissione, mirava all'unificazione dei mercati finanziari e all'introduzione

mercato unico, in vista dell'abbattimento dei residui ostacoli alla libera circolazione di merci e capitali[10].

Non mancava poi una certa narrazione dell'Unione monetaria, quale dispositivo inducente capace di spingere gli Stati membri verso l'orizzonte federale[11]: rinviata la decisione politica fondamentale sull'unità europea, la delega delle politiche monetari a un'istituzione tecnocratica sovranazionale si rivelava perfettamente coerente con le logiche dell'integrazione neo-funzionalista, frutto di «réalisations concrètes»[12] portate avanti da élites politico-burocratiche.

L'Unione economico-monetaria (UEM) a trazione tedesca, che presenta un evidente debito culturale con alcune teorie che per anni hanno influenzato le scelte politico-economiche della Germania[13],

---

di un sistema di cambi fissi o di una moneta unica (così superando il sistema di cambi stabili - ma modificabili - dello SME: notazioni in G.L. Tosato, L'unione economica e monetaria: aspetti giuridici e istituzionali, Torino, 2007, 18 e ss., S. Baroncelli, *La Banca centrale europea: profili giuridici e istituzionali. Un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Fucecchio, 2000, p. 151 e ss.).

10 Con riguardo alla circolazione delle merci, una moneta nazionale forte può avere l'effetto di un dazio "indiretto" sul bene da esportare. In questo senso, un mercato non può dirsi perfettamente integrato se i tassi di cambio delle valute nazionali influenzano gli scambi commerciali. La necessità di una conduzione sovranazionale della moneta si giustifica anche alla luce della teoria del cd. «quartetto inconciliabile» (T. Padoa Schioppa, *L'Europa verso l'unione monetaria: dallo Sme al trattato di Maastricht*, Torino, 1992, p. 116 e ss.), la quale dimostrerebbe come un sistema economico caratterizzato da piena libertà degli scambi, completa mobilità di capitali, tassi di cambio fissi - o comunque governati - e autonomia nazionale nel governo della politica monetaria tenda inevitabilmente all'implosione (ipotesi che avrebbe trovato conferma nell'uscita di Italia e Gran Bretagna dallo SME, nel 1992).

11 V. da ultimo A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, 2016, p. 6.

12 R. Schuman, *Déclaration du 9 mai 1950,* reperibile su http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_fr.htm

13 Cfr. S. Dullien, U. Guerot, *The long shadow of ordoliberalism: Germany's approach to the euro crisis*, in European Council on Foreign Relations, 49/2012, ma sulla scuola di Friburgo e sull'ordoliberarismo tedesco v. F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "Costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015, p. 64 e s., nonché, in senso critico, A. Somma, *La dittatura dello spread: Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 35 e s. Se si vuole, cfr. C.

spiega l'origine di molte delle disposizioni che hanno tradotto in termini normativi il compromesso raggiunto a Maastricht, confermato dal Trattato di Lisbona: il mercato unico come tratto identitario dell'ordine economico europeo (art. 3.1 TUE); l'adozione della moneta unica e l'istituzione di un organismo sovranazionale, indipendente dalla volontà degli Stati, al quale affidarne la direzione[14]; la stabilità dei prezzi quale fondamentale missione politico-istituzionale della Banca centrale europea[15]; la separazione rigida tra gestione monetaria e politica economica, dovuta all'adozione di differenti regimi normativo-istituzionali.

L'art. 121 TFUE, infatti, dopo aver affermato che «gli Stati membri considerano le loro politiche economiche una questione di interesse comune e le coordinano nell'ambito del Consiglio», consegna a quest'ultimo il compito di elaborare, su proposta della Commissione, «un progetto di indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione», che deve essere approvato a seguito delle conclusioni del Consiglio europeo. La direzione delle politiche

---

Caruso, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea. Itinerari di una comparazione*, sul Forum di Quaderni costituzionali, 2015, p. 3 e s.

[14] La Banca Centrale Europea è istituzione sovranazionale par excellence: composta da un comitato esecutivo di sei personalità di «riconosciuta levatura ed esperienza professionale nel settore monetario o bancario» e da un comitato direttivo cui partecipano «i governatori delle banche centrali nazionali degli Stati membri la cui moneta è l'euro» (rispettivamente art. 283.2 e 283.1 TFUE), essa è «indipendente nell'esercizio dei suoi poteri e nella gestione delle sue finanze», e le «istituzioni, organi e organismi dell'Unione e i governi degli Stati membri rispettano tale indipendenza» (art. 282.3 TFUE). Le modalità di nomina dei componenti del comitato direttivo, secondo una procedura che potremmo definire aggravata (nomina a maggioranza qualificata del Consiglio europeo, su raccomandazione del Consiglio e previa consultazione del Parlamento europeo e del consiglio direttivo della Banca centrale europea), la non rinnovabilità del mandato e la sua durata (otto anni) testimoniano la sua indipendenza.

[15] Cfr. artt. 127, 282 TFUE, art. 2 Protocollo n. 4 sullo Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali e della Banca Centrale Europea. In questo senso, la BCE ha un compito sostanzialmente mono-funzionale, che la distingue dai sistemi bancari multi-funzionali. Si pensi, in particolare, al Federal Reserve System, che, oltre alla stabilità dei prezzi, ha tra gli obiettivi quello di calmierare i tassi di interesse e, soprattutto, di promuovere la piena occupazione. Cfr. Federal Reserve Act, 12 U.S. Code § 225a (Maintenance of long run growth of monetary and credit aggregates), su cui S. Baroncelli, *La Banca centrale europea*, cit., p. 128-129.

economiche è accentrata, ma sostanzialmente reticolare, perché affidata a rappresentanti degli esecutivi nazionali riuniti in organismi che operano attraverso procedure di tipo intergovernativo.

Nonostante il Trattato di Lisbona annoveri il sostegno delle politiche economiche generali nell'Unione tra i compiti della Banca centrale e del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) [16], l'asimmetria istituzionale - prodotta dal confronto tra governo sovranazionale della moneta e coordinamento intergovernativo dell'economia - ha come effetto indiretto una sostanziale supremazia delle scelte di politica monetaria sulle decisioni di politica economica (al contrario di quanto avviene in altre esperienze, ove l'impatto della politica governativa sull'economia rende la politica monetaria servente rispetto alla prima [17]). In altri termini, per dirla con le parole del *Bundesverfassungsgericht*, dietro l'assetto economico-monetario inaugurato a Maastricht vi è l'idea «secondo cui il valore del denaro, e quindi la base economica generale per la politica finanziaria [pubblica]», possano essere meglio garantiti «da una banca centrale indipendente che non da organi pubblici che dipendono nelle loro possibilità di azione e nei mezzi essenzialmente dal volume e dal valore del denaro, nonché da un consenso limitato nel tempo da parte delle forze politiche»[18].

Il principio di una «economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (119.3 TFUE) impone un'«efficace allocazione delle risorse» (art. 120 TFUE), una sorta di *optimum* raggiungibile solo con politiche che mantengano «prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, nonché bilancia dei pagamenti

[16] Cfr. art. 282.2 TFUE, che fatto salvo l'obiettivo di stabilità dei prezzi, annovera, tra i compiti del SEBC, il sostegno alle «politiche economiche generali nell'Unione».

[17] Sottolinea S. Baroncelli, *The Indipendence of the ECB after the Economic Crisis*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2014, p. 129, che accanto ai due compiti primari di sostegno alla stabilità dei prezzi e di raggiungimento della piena occupazione, la Federal Reserve ha un compito secondario di supporto delle *policies* economiche del Governo.

[18] Così la decisione del Tribunale costituzionale tedesco del 1993, 2 BvR 2134, sulla legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Maastricht e sulla legge di revisione del *Grundgesetz*, in *Giur. cost.,* 1994, p. 701.

sostenibile»[19]. La creazione di un'area valutaria ottimale su scala sovranazionale necessita, infatti, di un percorso di convergenza che traduca la stabilità monetaria in una stabilità economico-finanziaria: da qui l'imperativo, rivolto agli Stati, di avere finanze pubbliche virtuose, di evitare *deficit* eccessivi e di rimanere, dunque, entro i limiti del rapporto tra disavanzo annuale e PIL, e del rapporto tra complessivo ammontare del debito pubblico e prodotto interno lordo[20]; da qui la scelta di imporre alla stessa Unione, all'art. 310.3 TFUE, l'obbligo di un bilancio in pareggio (contabile) e, per converso, di escludere l'apertura di una procedura per disavanzi eccessivi nei confronti degli Stati in «grave recessione economica» (e dunque lasciando, almeno implicitamente ed entro certi limiti, alle autorità nazionali la possibilità di agire in funzione anti-ciclica)[21].

[19] Art. 119 TFUE.

[20] Cfr. l'art. 1 del Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al Trattato di Maastricht, che per la prima volta ha stabilito, proprio in vista dell'adozione della moneta unica, i parametri del 3% del rapporto tra disavanzo e PIL e del 60% del rapporto tra debito e PIL. Tali limiti sono ora indicati nel Protocollo n. 12 allegato al Trattato di Lisbona. Per la genesi di tali indicatori, dal significato pressoché causale, legato a contingenze macroeconomiche dei primi anni '90, cfr. A. Bruzzo, I limiti quantitativi posti alla disciplina fiscale degli Stati membri dell'UEM sono semplici numeri o sono valori con un qualche significato economico?, in C. Bergonzini, S. Borelli, A. Guazzarotti (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016, p. 14-15. Il limite del 60% è stato calcolato sulla media del livello di indebitamento pubblico di inizio anni '90, e poiché la crescita nominale di allora era pari al 5% e il livello dell'inflazione al 2%, i disavanzi pubblici potevano crescere fino al 3%, quota entro cui si sarebbe mantenuto invariato il rapporto del 60% debito/PIL.

[21] Ai sensi dell'art. 126.2 TFUE, lett. a), la procedura per deficit eccessivo non scatta se il rapporto tra disavanzo e PIL sia diminuito in modo sostanziale e continuo e abbia raggiunto un livello che si avvicina al valore di riferimento», o se il superamento sia solo eccezionale e temporaneo e il rapporto resti vicino al valore di riferimento (nel caso invece di scostamento dal valore di riferimento del rapporto debito/Pil, la lett. b) afferma che la procedura non scatta qualora il rapporto si stia riducendo in misura sufficiente e si avvicini al valore di riferimento con ritmo adeguato). Secondo l'art. 2 reg. n. 1467/1997, il superamento è eccezionale e temporaneo quando «sia determinato da un evento inconsueto non soggetto al controllo dello Stato membro interessato ed abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure nel caso sia determinato da una grave recessione economica». In questo modo, il PSC inserisce nella valutazione sui disavanzi eccessivi un certo margine di discrezionalità assente,

Per incentivare una virtuosa disciplina nazionale di bilancio ed evitare condotte di *moral hazard*, il diritto primario vieta all'Unione e agli Stati membri di farsi carico degli impegni di un altro Stato membro (*no bail out clause*)[22]. Tale divieto va di pari passi con la proibizione, rivolta alla BCE e alle banche centrali nazionali, alle autorità e agli organismi di diritto pubblico dell'Unione o degli Stati membri, di acquistare direttamente, presso questi ultimi, titoli di debito pubblico (art. 123.1 TFUE)[23]. L'unica deroga, ammessa al

invece, nel modello originario pensato a Maastricht. Fu grazie alle pressioni congiunte di Francia e Italia, supportate da Spagna e Portogallo, che si giunse a tale risultato, cfr. V. Castronovo, L'avventura dell'unità europea, cit., 128-131. Il Patto di Stabilità e Crescita è stato modificato nel 2005 a seguito delle procedure aperte nei confronti di Francia e Germania, procedimenti che si sono poi conclusi con la mancata adozione delle sanzioni da parte del Consiglio. Quest'ultimo ha così legittimato un sistema autonomo e parallelo alla procedura ordinaria (cfr. CGCE, Commissione c. Consiglio dell'Unione Europea, C-27/04, che ha annullato le conclusioni del Consiglio adottate nel novembre 2003). A seguito di tale vicenda, il PSC è stato rivisto dal regolamento n. 1055/2005/CE, volto a rendere più stringente la sorveglianza preventiva sui bilanci nazionali, e dal regolamento n. 1056/2005/CE, che ha aumentato i margini di discrezionalità della Commissione e al Consiglio nella valutazione sull'allontanamento dai limiti al disavanzo, abbassando la soglia di "gravità" della recessione economica («un tasso di crescita negativo del volume annuo del PIL o [...] una diminuzione cumulata della produzione durante un periodo prolungato di crescita molto bassa del volume annuo del PIL rispetto alla crescita potenziale») e inserendo una serie di fattori che rendono più elastica la valutazione delle istituzioni UE. Tra tali fattori che devono essere tenuti presenti dalle istituzioni europee per la valutazione globale della situazione economica dello Stato membro, il regolamento annovera la «posizione economica a medio termine (in particolare la crescita potenziale, le condizioni congiunturali prevalenti, l'attuazione delle politiche nel contesto dell'agenda di Lisbona e delle politiche intese a promuovere la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione) e l'evoluzione della posizione di bilancio a medio termine (in particolare l'impegno per il risanamento del bilancio nei periodi di congiuntura favorevole, la sostenibilità del debito, gli investimenti pubblici e la qualità complessiva delle finanze pubbliche). Inoltre, la Commissione tiene nella debita considerazione tutti gli altri fattori che, secondo gli Stati membri interessati, sono significativi per valutare complessivamente in termini qualitativi il superamento del valore di riferimento e che tali Stati membri hanno sottoposto alla Commissione e al Consiglio» (corsivi aggiunti).

[22] Art. 125 TFUE.

[23] A completare il quadro, l'art. 124 TFUE proibisce misure che offrano all'Unione o agli Stati membri forme di accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie.

ricorrere di circostanze eccezionali, è regolata dall'art. 122.2 TFUE, che consente un'assistenza finanziaria, decisa dal Consiglio su proposta della Commissione, qualora «uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo».

Il *budgetary code* dell'Unione, che delinea il principio di responsabilità degli Stati membri nella gestione delle proprie finanze pubbliche[24], è il cuore della *Stabilitätsgemeinschaft*: la Comunità di stabilità, nata a Maastricht nel 1992, è necessariamente apolitica[25], quanto meno nel senso di sottrarre alla contendibilità politica non solo la politica monetaria, ma anche gli indicatori macroeconomici su cui è edificato il percorso di convergenza della zona euro[26].

2. *Il diritto europeo della crisi*

Lo iato, aperto a Maastricht, tra direzione della politica monetaria e gestione delle politiche economiche è stato messo a dura prova dalle tensioni innescate dalla crisi. In questo periodo è sorto un vero e proprio «diritto europeo dell'emergenza»[27], che ha impattato sui tradizionali percorsi dell'integrazione, alterandone sia la *forma* - rispetto ai meccanismi ordinari di produzione del diritto europeo – sia la *sostanza* istituzionale – con riguardo alla distribuzione delle funzioni e all'assetto dei "poteri" dell'UE.

Quanto al profilo formale, la fuga dal diritto europeo si è concretizzata nell'approvazione di trattati internazionali, come il

[24] In tal senso F. Donati, Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'unione europea, in Dir. Un. Eur., 2/2013, p. 341-342.

[25] C. Joerges, *Europe's economic constitution in crisis and the emergence of a new constitutional constellation*, in J. K. Fossum-A.J. Menendéz (eds.), *The European Union in Crises or the European union as Crises*, *Arena Report*, 2/2014, p. 290.

[26] V. M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Milano, 2012, p. 350 e ss.

[27] G. Allegri, G. Bronzini, *Sogno europeo o incubo? Come l'Europa potrà tornare a essere democratica, solidale e capace di difendersi dai mercati finanziari*, Roma, 2014, p. 24.

Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM), che prevede un'assistenza finanziaria per gli Stati membri in crisi di liquidità o comunque incapaci di rifinanziarsi sul mercato, o il Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione economica e monetaria (cd. *Fiscal Compact*), che ha tentato di rafforzare il coordinamento economico e, soprattutto, la disciplina di bilancio dei Paesi dell'Eurozona.

In particolare, la strada che ha portato all'approvazione dell'ESM è stata piuttosto accidentata: la propagazione della crisi sui debiti sovrani, l'estensione degli Stati richiedenti aiuto e, dunque, la necessaria crescita dell'ammontare stanziato dai restanti Stati membri, hanno sollecitato l'adozione di strumenti normativi sconosciuti ai trattati istitutivi dell'UE, tanto da richiedere una modifica formale del diritto primario europeo. Se all'indomani della crisi dei debiti sovrani, con i primi prestiti bilaterali alla Grecia [28] e con il Meccanismo Europeo di Stabilità Finanziaria (ESFM) [29], è stata proposta una lettura estensiva e solidaristica dell'art. 122.2 TFUE [30], l'adozione dell'*European Stability Facility* (EFSF) [31] e, soprattutto, la sua

[28] Il primo pacchetto di salvataggio della Grecia si è tradotto in una serie di prestiti bilaterali da parte degli Stati membri dell'Eurozona sotto il coordinamento della Commissione (cfr. l'*Intercreditor Agreement* del 7 maggio 2010 e il *Loan Facility Agreement* dell'8 maggio 2010), oltre al prestito concesso autonomamente dal FMI.

[29] Il Meccanismo Europeo di Stabilità Finanziaria, previsto dal reg. n. 407/2010, di ridotta capacità finanziaria (solo 60 miliardi di Euro), era disegnato per offrire supporto finanziario a singoli Stati membri (in concreto: Grecia, Irlanda e Portogallo). Il reg. n. 407/2010 non ha fatto altro che estendere, ai Paesi della zona-euro, quanto previsto dall'art. 143 TFUE e dal reg. n. 332/2002 per l'assistenza alla bilancia dei pagamenti dei paesi fuori dalla zona euro.

[30] Su cui v. J. Louis, *The no-bailout clause and rescue packages*, in *Common Market Law Review*, 47(4) 2010, p. 980. L'ESFM ha consentito al Consiglio, su proposta della Commissione, di concedere aiuti dietro l'assunzione di obblighi di risanamento delle finanze pubbliche.

[31] Istituito con una decisione presa dagli Stati dell'Euro-zona, nella riunione del Consiglio ECOFIN del 10 maggio 2010, l'EFSF ha la struttura privatistica di una società commerciale, con sede a Lussemburgo, ed ha il precipuo scopo di offrire, dietro condizionalità, sostegno finanziario agli Stati membri in difficoltà (cfr., per la struttura direttiva e decisionale, l'*EFSF Framework agreement*), con capacità di finanziarsi sul mercato attraverso obbligazioni garantite da ciascuno Stato in proporzione alla quota di sottoscrizione del fondo.

sostituzione con il Meccanismo Europeo di Stabilità (ESM)[32], hanno indotto il Consiglio Europeo a modificare l'art. 136 TFUE[33], che ora prevede espressamente la possibilità di istituire un meccanismo di stabilità per preservare l'Eurozona[34]. Dal punto di vista del quadro istituzionale, la sottoscrizione dell'ESM (e ancora prima, dell'EFSF) ha reso evidente la «scelta di affidarsi a circuiti di integrazione "esterni" al sistema dei Trattati, a "sotto–sistemi" ibridi che in parte mutuano, e in parte escludono, le istituzioni dell'Unione europea» e degli Stati membri[35]. Per un verso, infatti, l'ESM assegna il compito di decidere sulla concessione di assistenza finanziaria[36] al Consiglio dei Governatori, organo composto dai ministri delle finanze dell'Eurozona, così valorizzando i vertici degli esecutivi nazionali[37]; per un altro, la concessione dell'assistenza ruota intorno al principio di condizionalità, e cioè alla sottoscrizione da parte dello Stato richiedente da un lato, da parte della Commissione, della BCE e dal FMI dall'altro, di un *Memorandum of Understanding* (cd. MoU) che

[32] La decisione di istituire l'ESM, fondo salva stati permanente con una capacità finanziaria superiore, è stata presa nel dicembre 2010 dal Consiglio Europeo, ed è stata formalizzata dal trattato internazionale sottoscritto il 2 febbraio 2012.

[33] Revisione avvenuta secondo la procedura semplificata prevista dall'art. 48.6 TUE

[34] Cfr. art. 136.3 TFUE, introdotta dalla decisione del Consiglio europeo 2011/199 UE.

[35] Così P. Bilancia, *Il governo dell'economia tra Stati e processi di integrazione europea,* in A. Ciancio (a cura di), Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa, Roma, 2014, p. 326.

[36] L'assistenza finanziaria può tradursi nella apertura di una linea di credito (art. 14 trattato ESM), nella concessione di un prestito (artt. 15 e 16), o nell'acquisto di titoli di Stato sul mercato primario (art. 17) o secondario (art. 18).

[37] Art. 13.2 Trattato ESM. Il Consiglio dei Governatori adotta le delibere sull'assistenza finanziaria "di comune accordo" (art. 5.6 lett. f), Trattato ESM). In caso di pericolo per la sostenibilità economica e finanziaria della eurozona, tuttavia, può essere adottata una procedura di urgenza, che consente l'adozione della delibera di assistenza finanziaria a maggioranza dell'85% dei voti, attribuiti in base al numero di quote assegnate a ciascuno stato firmatario in relazione al totale di capitale versato al MES (proporzionalmente in base al capitale versato dai singoli Paesi aderenti al fondo (art. 4.7 come specificato dall'Allegato II al Trattato).

specifichi le misure di politica economica che lo Stato è tenuto ad adottare per rinforzare la propria stabilità finanziaria[38].

Le misure adottate nel corso della crisi non hanno, tuttavia, prodotto esclusivamente una sorta di "esternalizzazione" dei compiti e delle funzioni a favore di nuovi organismi o di soggetti esterni al circuito del diritto europeo, ma sono stante anche causa di un significativo processo di accentramento *all'interno* dell'Unione[39]. Tale dinamica di centralizzazione ha riguardato sia le funzioni della Banca Centrale in materia di sorveglianza bancaria[40], sia – per quanto più interessa in questa sede - il coordinamento delle politiche economiche e la sorveglianza dei bilanci nazionali. Sotto quest'ultimo profilo, il processo centripeto si è mosso lungo una duplice prospettiva istituzionale: per un verso, lungo l'asse *verticale* della distribuzione di funzioni tra Unione europea e Stati membri; per un altro, sul piano della distribuzione *orizzontale* dei poteri, nell'ambito dell'assetto istituzionale degli Stati membri e, soprattutto, nei rapporti tra gli organi europei.

Dal punto di vista verticale, vanno nella direzione dell'accentramento e della limitazione della sovranità statale molti dei nuovi vincoli e delle nuove procedure introdotte, negli anni della crisi, dal cd. *Six Pack*[41], dal cd. *Fiscal Compact* e dal cd. *Two Pack*[42]: si pensi all'obbligo, previsto dal *Fiscal Compact,* di introdurre regole – preferibilmente di tenore costituzionale – negli ordinamenti interni, volte a garantire il pareggio strutturale di bilancio (depurato cioè dagli

38 Art. 13.3 Trattato ESM.

39 In tal senso già P. Bilancia, *La nuova governance dell'Eurozona e i "riflessi" sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, 23/2012, p. 15;

40 Cfr. reg. n. 1024/2013, che ha affidato alla Banca Centrale il compito di sorveglianza dei maggiori istituti europei e alle autorità nazionali la sorveglianza sugli istituti minori, e reg. n. 1022/2013, che rivede il reg. 1093/2010 sull'Autorità Bancaria Europa, sull'uniformazione e sulla convergenza delle prassi di vigilanza. Il reg. n. 826/2014 fissa invece le base per il meccanismo di risoluzione unico per gli istituti bancari in dissesto.

41 Pacchetto composto da cinque regolamenti (nn. 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, 1176/2011, 1177/2011), e da una direttiva (n. 2011/85/UE).

42 Regolamenti nn. 472-473/2013.

effetti del ciclo economico e al netto delle misure *una* tantum)[43]; al severo percorso di rientro dal debito pubblico per i paesi con rapporto debito/Pil superiore al 60%[44]; all'irrigidimento dei vincoli *ex ante* al disavanzo, che servono ad orientare le politiche nazionali di bilancio verso obiettivi sostenibili di finanza pubblica (il cd. Obiettivo di Medio Termine, MTO)[45], fermo restando il necessario rispetto dei limiti *ex post* all'indebitamento, il cui superamento, già a partire dal Tratto di Maastricht, comportava l'apertura della procedura per disavanzi eccessivi[46]. Nella breccia aperta del coordinamento delle

[43] Art. 3.2, Fiscal Compact. Oltre alla Germania, che con la *Föderalismusreform II* ha anticipato le misure adottate dall'Europa, hanno provveduto a riformare la Costituzione la Spagna e l'Italia. In alcuni casi, è stato sancito l'obbligo di pareggio con contestuale divieto di indebitamento (Italia e Germania), in altri un mero obbligo di stabilità con contestuale rinvio mobile al deficit strutturale consentito dalla normativa europea (Spagna). In Slovacchia, è stato adottato nel 2011 *l'Act on Budget Responsability*, atto di rango costituzionale, che ha posto un limite generale all'indebitamento pari al 50% del PIL, con obbligo di adottare una serie di misure di contenimento della spesa qualora questi superino il 40% del PIL. Su tali processi di riforma cfr. A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lav. e dir.*, 3, 3/2013, p. 359, ss, G. Delledonne, *A Legalization on Financial Constitutions in the EU? Reflections on the German, Spanish, Italian and French Experiences*, in *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, cit., p. 181 e ss., T.F. Giupponi, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in Quad. cost., 2014, p. 51 e ss., nonché, con specifico riferimento ai processi di riforma nei paesi dell'Europa centrale, M. Antoš, *Fiscal Stability Rules in Central European Constitutions*, in *The Constitutionalization*, cit., p. 205.

[44] Cfr. art. 1bis reg. n. 1467/1997, come modificato dal reg. n. 1173, sulle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, ribadito anche dall'art. 4 Fiscal Compact.

[45] La disciplina prevede che ciascuno Stato membro concordi con le istituzioni europee un programma triennale, (l'Obiettivo di Medio Termine, appunto), che porti il bilancio statale a un pareggio di bilancio in termini strutturali, o comunque, a un disavanzo strutturale inferiore all'1% del PIL, che si riduce allo 0,5 per i paesi più indebitati secondo il Fiscal Compact. In effetti, mentre l'art. 2 bis del regolamento n. 1466/97 (come emendato dal reg. n. 1175/2011) fa riferimento a una forbice compresa tra il pareggio (o l'attivo) e l'1% PIL di disavanzo, il Fiscal Compact abbassa allo 0.5% PIL il limite del disavanzo consentito per i Paesi, come il nostro, aventi un rapporto debito/Pil superiore al 60%.

[46] L'art. 2 (1a) del reg. n. 1467/1997 prevede ora che, nel caso in cui uno Stato membro ecceda il limite del 60% debito/PIL, è considerata misura sufficiente

politiche economiche si inseriscono, poi, la procedura per gli squilibri macroeconomici[47] e la procedura di sorveglianza dei bilanci che si svolge nell'ambito del cd. semestre europeo (su cui v. *infra,* par. 3).

A questa dislocazione verso l'alto delle funzioni di politica economica corrisponde, dal punto di vista della distribuzione orizzontale dei poteri, una sovraesposizione degli esecutivi nazionali e, di conseguenza, degli organismi europei che fungono da raccordo tra il quadro istituzionale dell'UE e governi nazionali. Tale osservazione vale, anzitutto, per le istituzioni intergovernative che, all'indomani dell'esplosione della crisi, hanno assunto decisioni fondamentali: le riunioni del Consiglio europeo si sono moltiplicate nel biennio 2010-2012[48], ed è proprio l'organo cui spetta dare gli «impulsi necessari allo sviluppo dell'Unione» (art. 15.1 TUE) che ha proceduto alla modifica dell'art. 136 TFUE. D'altro canto, il rilievo che hanno assunto gli esecutivi nazionali è dimostrato anche dai nuovi organismi di *governance* (ad esempio, il citato Consiglio dei governatori, istituito nell'ambito dell'ESM).

3. *Il rinnovato ruolo della Commissione europea*

Eppure, a uno sguardo più attento, il rafforzamento non ha solo riguardato i soggetti retti da logiche intergovernative, ma ha anche coinvolto la Commissione europea, organismo sovranazionale da sempre emblema dell'integrazione funzionalista, la quale gioca ormai un ruolo fondamentale nelle operazioni di sostegno alla stabilità finanziaria e nel quadro del generale coordinamento delle politiche

- idonea, ai sensi dell'art. 126 (2) TFUE, a scongiurare l'apertura di una procedura per disavanzo eccessivo – la riduzione di un ventesimo l'anno del rapporto. Nel caso in cui, all'8 novembre 2011, lo Stato membro fosse soggetto a una procedura per disavanzo eccessivo, nei tre anni successivi alla chiusura di detta procedura, il «criterio del debito» risulta raggiunto nel caso in cui siano dimostrati «progressi sufficienti».

[47] Cfr. reg. n. 1176/2011, sulla prevenzione e correzione degli squilibri macro-economici.

[48] Nonostante l'art. 15.3 TUE preveda che il Consiglio debba riunirsi due volte ogni sei mesi, nel biennio 2010-2012 è arrivato a riunirsi diciannove volte, come nota S. Fabbrini, *Intergovernmentalism and its limit*, cit., p. 1014.

economiche nazionali, tramite la sorveglianza sui vincoli statali di bilancio e il controllo sugli squilibri macro-economici nazionali[49].

Quanto alle funzioni che svolge nell'ambito della stabilità finanziaria, è la Commissione che, di fronte alla richiesta statale di sostegno, valuta il rischio di impatto globale e l'effettivo bisogno di finanziamento dello Stato richiedente[50]; negozia il protocollo di intesa e lo propone al giudizio finale del Consiglio dei governatori [51]; monitora il rispetto dei termini dell'accordo[52]. Le misure "anti-crisi", contenute nel *Six pack* e nel *Fiscal Compact*, hanno poi introdotto la procedura di voto a maggioranza qualificata "invertita", in base alla quale le raccomandazioni della Commissione si intendono accettate a meno che il Consiglio non si opponga con un voto deliberato a maggioranza qualificata[53]. È però il processo di rafforzamento delle procedure di sorveglianza delle politiche economiche nazionali che ha sancito la definitiva valorizzazione del ruolo del custode dei Trattati.

A quest'ultimo spetta, infatti, un ruolo di impulso nel coordinamento delle politiche economiche dell'Unione nell'ambito del semestre europeo. L'*iter* coinvolge una pluralità di istituzioni: la Commissione, il Consiglio Europeo, il Consiglio e i governi dei singoli stati membri (i quali sottopongono, entro aprile, i rispettivi programmi di bilancio e i piani nazionali per la crescita e l'occupazione, su cui la Commissione è chiamata ad esprimere specifiche raccomandazioni, validate dal Consiglio Ecofin, approvate dal Consiglio Europeo entro giugno, e, infine, adottate definitivamente

[49] R. Dehousse, L. Boussaguet, *L'impact de la crise*, cit., 13, nonché M.W.Bauer, S. Becker, *La gouvernance économique durant et après la crise: vers la disparition de la Commission européenne?*, in *Pouvoirs* 149 (2014), p. 30.

[50] Cfr. art. 13.1 lett. a), lett. c), Trattato ESM.

[51] Art. 13.3, Trattato ESM.

[52] Art. 13.7, Trattato ESM.

[53] Cfr., per la procedura di adozione delle sanzioni per disavanzo eccessivo, art. 4. reg. n. 1173/2011; per la procedura di adozione delle sanzioni per squilibri macroeconomici eccessivi, art. 3 reg. n. 1174/2011. La regola del voto a maggioranza qualificata invertita è adottata anche per l'accertamento della mancata adozione di correttivi volti a superare squilibri macroeconomici, ai sensi dell'art. 10 reg. n. 1176/2011. L'art. 7 Fiscal Compact estende la regola del voto a maggioranza qualificata invertita a tutte le raccomandazioni e proposte della Commissione nella procedura per disavanzi eccessivi.

dal Consiglio)[54]. Peraltro, il regolamento n. 473/2013 (del *Two Pack*) ha prolungato il dialogo economico anche nella seconda parte dell'anno: entro la metà del mese di ottobre gli Stati membri dell'Eurozona sono tenuti a presentare i progetti di bilancio alla Commissione, che è tenuta a esprimersi su di essi entro la fine di novembre, prima della definitiva approvazione statale.

E' la Commissione che presenta, a inizio anno, un documento (Analisi annuale della crescita), che indica le linee fondamentali e gli indirizzi prioritari in materia economica (e che rappresenta la base per le conclusioni sugli indirizzi di massima del Consiglio europeo e definiti dalla raccomandazione del Consiglio); analizza i programmi nazionali di bilancio a medio termine (Programmi di stabilità) e i piani nazionali per la crescita e l'occupazione (Programmi nazionali di riforma), e su ognuno di questi si pronuncia, con raccomandazioni specifiche per ogni singolo Stato (le *country-specific recommendations* [CRS]).

D'altro canto, la vigilanza sugli squilibri macroeconomici consente alla Commissione, in caso di violazione delle soglie fornite dagli indicatori, e in vista del perseguimento di un sostanziale percorso di omogeneizzazione economica, di suggerire procedure correttive, monitorare i piani di azione degli Stati membri ed eventualmente raccomandare al Consiglio di sanzionare gli Stati membri inadempienti[55].

L'ampliamento dei poteri e del margine di azione della Commissione [56] si inserisce a pieno titolo nella valorizzazione multilivello degli esecutivi. Come dimostrano le prime applicazioni della normativa testé riportata, tale istituzione è ormai un organo

[54] Cfr. reg. n. 1175/2011 (di modifica del reg. n. 1466/1997), in combinato disposto con l'art. 121.2 TFUE.

[55] La procedura di prevenzione e correzione degli squilibri macro-economici si basa su un meccanismo di allerta, incentrato sulla relazione della Commissione (art. 3, reg. nn. 1176/2011), e su un successivo esame approfondito degli squilibri accertati prima facie (art. 5, reg. n. 1176/2011). L'attività di monitoraggio è disciplinata dall'art. 9 reg. n. n. 1176/2011; in caso di mancata adozione delle misure richieste la Commissione accerta l'inadempimento. Sul meccanismo sanzionatorio, che sfocia in una ammenda di natura pecuniaria, cfr. invece art. 3 reg. n. 1174/2011.

[56] Sul punto v. P. Leino, T. Saarenheimo, *On the limits of EU economic policy coordination*, *Ademu Working Paper*, 2016/036, spec. p. 8-9.

dotato di ampi margini di discrezionalità politica anche in un settore, come quello del coordinamento delle politiche economiche, ove dovrebbe operare come braccio esecutivo del Consiglio.

Non può dubitarsi, infatti, che la flessibilità, più volte invocata dai governi nazionali, abbia trovato stabile insediamento dalle parti di Bruxelles grazie al nuovo corso inaugurato dalla Commissione Juncker, formalizzato nella Comunicazione del gennaio 2015. In tale documento, il custode dei Trattati ha annunciato che nell'applicazione del patto di stabilità avrebbe tenuto in considerazione spese di investimento (per giustificare eventuali deviazioni dall'obiettivo di medio termine e crescita, cd. braccio preventivo del patto), riforme strutturali (nel quadro del braccio preventivo, ma anche nella procedura di verifica dei limiti *ex post* del disavanzo e del debito pubblico, cd. braccio correttivo del patto) e condizioni congiunturali (con riferimento sia alla modulazione dello sforzo di bilancio per il raggiungimento dell'OMT, sia a un calo imprevisto dell'attività economica o a una grave recessione della zona Euro o dell'intera Unione)[57].

La flessibilità ha quindi inspirato molte delle raccomandazioni degli ultimi anni sui documenti programmatici di bilancio, che hanno incluso la "crisi dei migranti"[58], i fatti di terrorismo e le catastrofi sismiche[59] tra gli «eventi significativi al di fuori del controllo dello Stato membro», idonei in quanto tali a giustificare sia una deviazione temporanea dal percorso di risanamento di bilancio richiesto verso l'obiettivo di bilancio a medio termine (OMT)[60], sia un disavanzo

[57] Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni e alla Banca europea per gli investimenti. Sfruttare al meglio la flessibilità consentita dalle norme vigenti del patto di stabilità e crescita, COM (2015) (12) final.

[58] Commissione europea, Comunicazione della Commissione. Documenti programmatici di bilancio per il 2016: valutazione globale, COM(2015) 800 final, 9.

[59] Commissione europea, Parere della Commissione del 16.11.2016 sul documento programmatico di bilancio dell'Italia, C(2016) 8009 final, 4.

[60] Art. 5 reg. n. 1466/1997, come modificato dal reg. n. 1175 del 2011.

eccessivo, ritenuto «eccezionale» e, dunque, in grado di evitare l'avvio di una procedura per disavanzi eccessivi[61].

In questa stessa direzione va il Report, emesso nel maggio del 2016, che ha scongiurato l'apertura di una procedura per disavanzo eccessivo nei confronti dell'Italia grazie a un'interpretazione estensiva dei «fattori significativi» che, a norma dell'art. 126 (3) TFUE[62], devono essere tenuti in considerazione prima dell'inizio di tale *iter*[63]. Inoltre, la Commissione ha insistito sulla necessità di servirsi di un ampio margine di azione tutte le volte in cui sia necessario valutare deviazioni dagli obiettivi di bilancio quando lo Stato membro sia soggetto a una ripresa economica ancora fragile o che potrebbe essere compromessa da un eccessivo rigore finanziario. In tutti questi casi, una «valutazione globale» della situazione dello stato membro porta a ritenere «che una procedura per deviazione significativa non sia giustificata anche in caso di superamento della soglia dello 0,5% del PIL (…)»[64].

Proprio il rinnovato ruolo della Commissione induce a ritenere che la dinamica istituzionale, delineatasi nell'Unione all'indomani della crisi, non possa essere letta alla luce delle tradizionali letture "intergovernative" o "sovranazionali", ma vada inquadrata in un processo per certi versi atipico, fondato sull'accentramento delle funzioni dagli Stati membri all'Unione europea e sulla emersione degli

[61] Art. 2, par. 1, reg. n. 1467 del 1997, come modificato dal reg. n. 1077 del 2011.

[62] Come specificati dal reg. n. 1077/2011Cfr. art. 1 (2c), reg. n. 1077 del 2011, che ha modificato i paragrafi da 3 a 7 dell'art. 2 del reg. n. 1467/1997.

[63] Cfr. Report from the Commission. Italy. Report prepared in accordance with Article 126(3) of the Treaty, COM(2016) 305 final. In particolare, la Commissione annovera la bassa inflazione, il raggiungimento dell'OMT, nonché la realizzazione di ambiziose riforme *growth friendly* tra i fattori significativi che impediscono l'apertura di una procedura per disavanzi pubblici eccessivi. I margini di flessibilità sembrano però essersi esauriti se è vero che, nel successivo Report del febbraio 2017 (COM(2017) 106 final), la Commissione ha sancito il mancato raggiungimento del criterio del debito, rinviando ai mesi successivi la decisione sull'apertura di una procedura di infrazione.

[64] Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Documenti programmatici di bilancio 2018: valutazione globale, COM(2017) 800 final, 20.

esecutivi quali *têtes de chapitre* della *governance* economica europea[65]. A risultare marginalizzati sono, infatti, i depositari della sovranità popolare, europea e nazionale: al Parlamento europeo, infatti, è lasciato un mero confronto con i Presidenti di Consiglio europeo, Consiglio ed Eurogruppo, o con la Commissione, nell'ambito del dialogo economico sul ciclo annuale di coordinamento e sorveglianza delle politiche di bilancio[66]. Ai Parlamenti nazionali resta, invece, la possibilità di attivare forme di cooperazione interparlamentare sulle politiche europee di bilancio[67].

4. *Dinamiche di accentramento nell'Unione: il federalismo esecutivo*

Il processo istituzionale che coinvolge lo spazio pubblico europeo può essere descritto nei termini di un «federalismo esecutivo post-democratico»[68], contraddistinto dalla sostanziale emarginazione

[65] D'altro canto, la commissione non è l'unica istituzione sovranazionale in senso classico coinvolta nelle misure anti-crisi: si pensi anche al ruolo che l'art. 8 Fiscal Compact attribuisce alla Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi nel caso in cui una delle parti contraenti non ottemperi all'obbligo, previsto dall'at. 3.2, di dotarsi della regola del pareggio di bilancio.

[66] C. Fasone, *European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?* in European Law Journal (20) 2014, 164 e ss. Cfr. Sezione 1-bis bis del reg. n. 1466/1997 inserita dal reg. n. 1175/2011, nonché art. 15 reg. n. 473/2013. Peraltro, sia il reg. n. 1176/2011 (prevenzione e correzione squilibri macro-economici), sia il reg. n. 1173/2011 (procedura per disavanzi eccessivi), offrono al Parlamento europeo la possibilità di convocare rappresentanti dello Stato interessato per uno «scambio di opinioni». Inoltre, il Presidente dell'Eurosummit ha l'obbligo di riferire, a seguito di ciascuna riunione, al Parlamento europeo e il Presidente del Parlamento europeo alle riunioni dei vertici di capo di stato e di governo della zona euro (art. 12, Fiscal Compact).

[67] Art. 13 Fiscal Compact, che richiama il Protocollo n. 1 del Trattato di Lisbona sul ruolo dei Parlamenti nazionali, e la necessità di attivare forme di cooperazione interparlamentare sulle politiche di bilancio.

[68] J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012, p. 43 e ss., B. Crum, *Saving the Euro at Cost of Democracy*, in *Journal of Common Market Studies*, 51 (4) 2013, p. 621-623. Considerazioni simili in M. Dawson, F. De Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *Modern Law Review*, 76(5) 2013, p. 817 e ss.

del Parlamento europeo, dalla "internazionalizzazione" dei vincoli europei e dalla delega di decisioni che presentano un forte margine di discrezionalità politica a organismi non legittimati democraticamente (la Commissione, soprattutto), secondo una dinamica paradossale di burocratizzazione dei processi politici e politicizzazione delle istituzioni tecnocratiche.

Le riforme successive alla crisi non mutano il modello politico-economico ereditato dal Trattato di Maastricht, ma ne accentuano le incongruenze: da un lato, aumenta la concentrazione verticale delle funzioni e si rafforza il ruolo delle istituzioni europee; dall'altro, rimane una spessa paratia tra politica monetaria e politica economico-fiscale, che legittima un ruolo espansivo delle istituzioni monetarie a discapito del coordinamento economico, oramai ancillare rispetto alle *policies* monetarie[69].

Si rafforza la prospettiva di un'Unione asimmetrica, che al suo interno racchiude diverse integrazioni, emblema di un'Europa a più velocità: solo alcune disposizioni si applicano ai Paesi dell'Eurozona[70], mentre altre, contenute in trattati internazionali, eccedono l'Unione monetaria ma senza coinvolgere tutti gli Stati dell'UE[71] o, all'opposto, riducono la relativa estensione solo ad alcuni Paesi della zona euro[72].

Vi è, certo, una tensione verso forme più compiute di unità politica, con una progressiva accentuazione del sentimento solidaristico inter-statale, il quale sembra portare l'Unione europea oltre la semplice solidarietà *de facto*. A seguito degli aiuti concessi agli Stati in difficoltà, è possibile affermare che l'Unione europea abbia imboccato la strada di una maggiore condivisione dei rischi, oltre che dei benefici derivanti dal mercato comune e dalla moneta unica[73].

---

[69] Basti pensare agli effetti sui mercati delle operazioni eseguite o addirittura solo annunciate dalla Banca centrale nel corso della crisi.

[70] Così i regolamenti sulle sanzioni per disavanzi eccessivi e squilibri macroeconomici (reg. n. 1173/2011, reg. n. 1174/2011), o i regolamenti nn. 472 (rafforzamento della sorveglianza per i Paesi in difficoltà finanziarie) e 473/2013 (monitoraggio e valutazione dei bilanci nazionali).

[71] Così il Fiscal compact, che non è stato sottoscritto da Gran Bretagna e Repubblica Ceca.

[72] Così l'ESM, firmato da 17 componenti dell'Eurozona.

[73] In tal senso, E. Chiti, P.G. Texeira, *The constitutional implications of the european responses to the financial and public debt crisis,* in Common Market Law

Eppure, nonostante l'assistenza finanziaria garantita dagli Stati membri dell'Eurozona rappresenti il primo passo verso una solidarietà normativa fondata sulla consapevolezza di una mutua interdipendenza, è necessario distinguere questi rapporti di tipo utilitaristico, basati comunque sui vantaggi derivanti dalla minimizzazione delle perdite, dalla *fraternité* costituzionale, che presuppone una rinuncia disinteressata alle convenienze soggettive: il principio di condizionalità, infatti, impone agli Stati *policies* di stretto rigore fiscale (aumento delle imposte, riduzione delle spese), volte a rassicurare gli investitori privati sulla solvibilità degli stessi, e coerenti con una dinamica distributiva «difficilmente sovrapponibile alle logiche perequative e agli strumenti diretti al perseguimento della giustizia sociale» riscontrabili nelle costituzioni nazionali[74].

La dinamica di accentramento seguita dalle istituzioni europee negli anni della crisi e il contestuale superamento del divieto assoluto di *bail-out*, insieme all'avvento di (timide) forme di solidarietà inter-statale, sono coerenti con l'idea funzionalista di una Unione istituita non già per perseguire i fini generali delle collettività stanziate sul territorio degli Stati membri, quanto per perseguire il fine settoriale e particolarista del mercato unico. Tale approccio è stato dogmaticamente sublimato nel concetto di *Staatenverbund*, coniato dal Tribunale costituzionale tedesco nel *Maastricht Urteil*[75] e poi decisamente sviluppato dalla decisione sul Trattato di Lisbona[76] quale via intermedia tra la Confederazione e lo Stato federale. Se l'Unione si fonda su un trasferimento di attribuzioni *determinate,* gli Stati rimangono "Signori dei Trattati"[77] e dunque titolari della *Kompetenz-Kompetenz*: Non sono infatti le istituzioni europee che hanno il potere

Review, 50 (3) 2013, p. 699, G. Napolitano, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2012, p. 468-469.

[74] M. Dani, *Il diritto pubblico europeo*, cit., p. 346. Tali considerazioni sembrano valere anche per il processo di creazione dell'Unione bancaria: cfr. A. Guazzarotti, *Crisi dell'Euro*, cit., p. 63 e ss. Per una analitica ricostruzione delle misure adottate in tale ambito, R. Ibrido, *L'unione bancaria europea. Profili costituzionali*, Torino, 2017, p. 151 e ss.

[75] Cfr. Maastricht Urteil, cit., pp. 693-694

[76] Lissabon Urteil, 2 BVE 2/08, par. 229.

[77] Ivi, par. 298.

di decidere sull'estensione delle proprie competenze, ma sono le autorità statali che, in qualsiasi momento, hanno il potere di revocare le attribuzioni conferite all'Unione[78].

Eppure, l'irrigidimento dei vincoli di bilancio e il rafforzamento del coordinamento economico sono solo in parte coerenti con la tralatizia figura della "associazione di stati", conducendo i meccanismi dell'integrazione verso i lidi di un insanabile paradosso: da un lato, essi mirano a tutelare i fini settoriali dell'Unione (stabilità dei prezzi, moneta unica e, dunque, mercato unico), confermando la natura particolarista della comunità europea; per un altro, producono un'erosione continua della sovranità economica statale in assenza di una esplicita decisione sull'unità politica europea.

Certo, se si esclude la modifica dell'art. 136 TFUE, il diritto primario non ha subìto revisioni, ed è ancora perfettamente in vigore la norma che consente agli Stati di recedere dall'Unione (art. 50 TUE), a testimonianza della reversibilità (*Brexit docet*) dell'integrazione; eppure, basta volgere lo sguardo al quadro comparato – e, in particolare, agli Stati Uniti di America, da sempre considerato il prototipo al quale l'Europa dovrebbe ispirarsi - per verificare quanto il processo di accentramento e di omogeneizzazione *by rules* delle economie degli Stati membri risulti più accentuato di quanto accaduto in un ordinamento che da tempo ha assunto le fisionomie dello Stato federale[79].

In tal senso, posto che il federalismo non coincide con una predeterminata *forma* organizzativa, perché la sua essenza è data dall'«istituzionalizzazione di particolari relazioni tra i partecipanti della vita politica»[80], va rimarcata l'irriducibilità del federalismo esecutivo europeo a un autentico processo federativo e, dunque, l'impossibilità che, attraverso il primo, si possa giungere a una federazione, o quanto meno, a forme più compiute di *unità politica*: per un verso, perché l'attuale dinamica federale in corso in Europa rimanda a una centralizzazione "gerarchica" imposta, almeno in parte, dal centro, amplificando il dualismo tra istituzioni sovranazionali e

[78] Par. 324 e ss.

[79] Sul punto, sia considerato rinviare a C. Caruso, *Vincoli di bilancio*, cit., p. 12 e ss.

[80] D. Elazar, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1995, p. 11.

Stati membri tipico della *governance* multilivello[81]; per un altro, perché l'unità politica, ovviamente assente in un sistema di matrice neo-funzionalista, (v. anche *infra*, par. 7), non è il risultato ma il presupposto dei processi di integrazione di un sistema federale[82]. Ogni processo federativo è, infatti, la «controparte organizzativa» di una dinamica di unificazione politica[83]; esso si sviluppa sulla base dei principi di autonomia, collaborazione, auto-determinazione, rispetto e lealtà reciproca[84], che consentono a comunità politiche distinte «di unirsi per perseguire fini comuni» e riconoscersi in valori condivisi, restando solo in parte separate «per conservare le rispettive integrità»[85].

5. *Il federalismo esecutivo e le reazioni delle Corti*

Questa dinamica istituzionale è passata sostanzialmente indenne al sindacato della Corte di Giustizia. In *Pringle*, come noto, i giudici di

[81] J.E. Frossum, *European federalism: Pitfalls and possibilities*, in European *Law Journal*, 23(5) 2017, 365 e ss. Per una lettura diversa, volto a enfatizzare la natura cooperative del federalismo europeo (almeno nell'assetto antecedente alla crisi), R. Schütze, *From Dual to Cooperative. Federalism The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2008.

[82] Considerazioni analoghe in B. Caravita, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, 2015, p. 108.

[83] C. Friedrich, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, p. 265.

[84] J.E. Fossum, *European federalism*, cit., p. 367. L'a. auspica che l'Ue segua la direzione imboccata dal Canada nell'ultimo trentennio, contraddistinto da un processo federativo che trova nell'asimmetria e nel riconoscimento inter-culturale le ragioni della propria dell'identità. Tuttavia, presupposto dell'esperienza canadese (più o meno espressamente riconosciuto dallo stesso autore), è l'unità politica, assente invece a livello europeo. Vi è una diffusa tendenza, in dottrina, a confrontare dinamiche federali che interessano soggetti tra loro strutturalmente e teleologicamente diversi, come l'Unione europea da un lato, ed organizzazione statuali ispirate al principio federale dall'altro. Tali operazioni, utili ad evidenziare le regolarità dei sistemi politici, non vanno tuttavia assolutizzate: deve infatti essere sempre tenuta presente la disomogeneità dei termini di comparazione. Si corre il rischio, altrimenti, di cadere in un errore metodologico fondamentale: quello di confondere, nel nome dell'analisi politologica, forme differenti di organizzazione politica, tra loro irriducibili per via dei valori e dei fini che ne giustificano l'esistenza.

[85] D. Elazar, *Idee e forme*, cit., p. 28.

Lussemburgo hanno adottato una interpretazione riduttiva della clausola di *no bail out* prevista dal Trattato (art. 125 TFUE). La norma in questione, infatti, non vieterebbe qualsiasi meccanismo di assistenza finanziaria, ma solo quegli strumenti che avrebbero «l'effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro beneficiario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa»[86]. Un meccanismo, come l'ESM, che non prevede una diretta assunzione di responsabilità degli Stati membri per i debiti contratti dal Paese in difficoltà finanziaria, e che subordina l'aiuto finanziario a rigorose condizioni di disciplina fiscale, non può dirsi contrario alla *ratio* dell'art. 125 TFUE. Tale decisione fa il paio con la sentenza che ha ricondotto il programma OMT[87] alla necessità di garantire una corretta trasmissione monetaria, a sua volta funzionale all'obbiettivo, cui è istituzionalmente preposta la BCE, di garantire la stabilità dei prezzi[88].

È in relazione alla tutela dei diritti fondamentali, tuttavia, che la prudenza dei giudici di Lussemburgo emerge con chiarezza. Sin da *Pringle*, la Corte di giustizia ha affermato che «gli Stati membri non attuano il diritto dell'Unione, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, allorché instaurano un meccanismo di stabilità come il MES per l'istituzione del quale (…) i Trattati UE e FUE non attribuiscono alcuna competenza specifica all'Unione»[89]. Esondano quindi dalla giurisdizione della Corte di giustizia, ai fini della protezione offerta dalla Carta dei diritti, le misure nazionali adottate dallo Stato portoghese in esecuzione del piano di salvataggio concordato con la *Troika*, incidenti sui diritti dei lavoratori del settore pubblico. I protocolli di intesa sottoscritti per ricevere assistenza finanziaria si collocano al di fuori del diritto dell'Unione, e non è possibile verificare se la Carta europea sia pregiudicata dal diritto nazionale. In questi casi, infatti, non vi è «alcun elemento concreto

[86] CGUE, Pringle v. Ireland, C-370/12, par. 136.

[87] Il programma OMT, annunciato ma mai realizzato, doveva consistere nella acquisizione illimitata di titoli, sul mercato secondario, dei Paesi che avessero sottoscritto un MoU nell'ambito dell'EFSF o dell'ESM.

[88] CGUE, C-62/14, Gauweiler.

[89] Pringle, cit., par. 180.

che consente di ritenere che la legge in parola [sia] intesa ad attuare il diritto dell'Unione»[90].

Il sindacato "debole" della Corte di giustizia non sembra essere messo in discussione da alcune recenti decisioni, come *Ledra advertising Ltd*[91] e *Florescu*[92].

Nella prima pronuncia, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che la Commissione non è tenuta a firmare un protocollo d'intesa, nell'ambito dell'ESM, qualora dubiti della sua compatibilità con il diritto dell'Unione[93]. Si tratta, come è stato osservato, di una pronuncia bifronte[94], dovuta alla progressiva normalizzazione della crisi piuttosto che ad un radicale ripensamento del sindacato sulle misure anti-crisi. Per un verso, infatti, la Corte di giustizia si è detta competente a conoscere dei ricorsi per risarcimento danni nei confronti dei comportamenti tenuti dalle istituzioni europee nell'ambito di un trattato di diritto internazionale. Per un altro, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che la partecipazione delle istituzioni sovranazionali a un atto adottato nell'ambito dell'ESM «non consente di qualificare quest'ultimo come atto loro imputabile». Nessun ricorso di validità è dunque ammissibile contro gli atti che trovano il proprio fondamento di legittimità nel trattato internazionale che si colloca al di fuori dell'ordinamento sovranazionale[95].

In *Florescu*, la Corte ha ritenuto applicabile la Carta dei diritti (e, segnatamente, l'art. 17) a una normativa interna esecutiva di un

[90] Anche se, come nota G. Tesauro, *Governance economica e diritto dell'Unione,* in *La legge dei numeri*, cit., p. 81-82, i primi due rinvii del giudice nazionale sono realizzati con riferimento a misure adottate prima della sottoscrizione del Memorandum of understanding. Cfr. CGUE, Sindicato dos Bancários do Norte, causa C-128/12, Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins, C-264/12, Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins, causa C-665/13. Su tali pronunce, sia consentito rinviare anche ad A. Morrone, C. Caruso, *Uguaglianza davanti alla legge*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* Milano, 2017, p. 408.

[91] CGUE, C-8/15 P, C-9/15 P, C-10/15 P.

[92] CGUE, C-258/14.

[93] Par. 59.

[94] A. Baraggia, *The 'judicialization' of emergency: the case of the Eurozone Crisis*, in questa *Rivista*, 2/2017, p. 22.

[95] Par. 54-55.

protocollo di intesa stipulato da Romania e Commissione ai sensi del regolamento n. 332 del 2002 (a sua volta attuativo dell'articolo 143 TFUE, il quale conferisce all'Unione la competenza a concedere assistenza finanziaria a uno Stato membro fuori dalla zona Euro e che si trovi in difficoltà nella bilancia dei pagamenti)[96]. Se è vero che i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto sussistente, ai fini dell'applicabilità della Carta, il rapporto di attuazione tra diritto interno e *memorandum*[97], va tuttavia segnalato che, in questo caso, la possibilità di stipulare il protocollo di intesa era prevista dal diritto secondario sulla base di una esplicita previsione del Trattato[98].

In ogni caso, alla deferenza dei giudici di Lussemburgo ha fatto da contrappeso il marcato attivismo delle Corti nazionali, le quali hanno reagito di fronte al processo centripeto in corso nell'ordinamento sovranazionale.

Emblematiche sono le pronunce del Tribunale costituzionale tedesco, le quali hanno voluto riaffermare la natura derivata (e, dunque, intrinsecamente limitata) dell'Unione europea.

Nelle decisioni sui diversi meccanismi di assistenza finanziaria, i giudici di Karlsruhe hanno riaffermato la centralità del Parlamento nazionale, così tentando di riequilibrare la deriva intergovernativa in corso a livello europeo[99].

---

[96] Nel caso di specie, tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che l'art. 6 TUE e l'art. 17 CDFUE non ostassero a una normativa di diritto interno che vietava il cumulo tra una pensione pubblica e i redditi provenienti dall'esercizio di attività presso un'istituzione pubblica.

[97] Sembra esservi, quindi, un cambio di rotta rispetto a CGUE, Corpul National al Politistilor, C- 434/11, Corpul National al Politistilor, C-134/12, Cozman, C-462-11, ove la Corte si era detta manifestamente incompetente a conoscere dei ricorsi per l'assenza delle condizioni poste dall'art. 51 (1) CDFUE.

[98] Reg. n. 332/2002, art. 143 TFUE.

[99] Cfr. in particolare BVG, 2 BvR 987/2010, del 7 settembre 2011, 2 BvE 8/11, del 28 febbraio 2012, 2BvR 1390/12, del 12 febbraio 2012 (giudizio preliminare) e del 18 marzo 2014. Per un'analisi dettagliata di queste pronunce v. C. Pinelli, La giurisprudenza costituzionale tedesche e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona, in Costituzionalismo.it, 1/2014, F. Pedrini, *La sistematica della costituzione finanziaria tedesca e i suoi sviluppi giurisprudenziali*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria. La decisone di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, Torino, 2015, p. 307 e ss., nonché se si vuole, C. Caruso, M. Morvillo, *Economic governance and budgetary ruels in the european context*, cit.,

E' stato il principio della responsabilità politica nelle scelte di bilancio, che a sua volta riposa nel principio democratico-rappresentativo, ad aver guidato le pronunce del Tribunale, il quale ha condizionato il proprio via libera al pieno coinvolgimento del Parlamento nazionale nella decisione di concedere gli aiuti e nel controllo sugli atti e sulle informazioni condivise dai rappresentanti del governo tedesco nell'ESM[100].

Nella stessa direzione si colloca la saga sul programma OMT: nonostante il Tribunale costituzionale abbia sostanzialmente accettato l'impostazione della Corte di giustizia, non rinvenendo quella «manifesta violazione» del principio di attribuzione che deve sussistere per poter dichiarare un atto *ultra vires*[101], sono stati ribaditi i requisiti (condizionalità, delimitazione delle operazioni ai bond a breve scadenza, acquisto sul mercato secondario, effetto sorpresa sull'*an* e sul *quantum* dell'acquisto, temporaneità del "ritiro" del bond dal mercato) che devono sussistere affinché tali operazioni possano rientrare nel mandato della BCE, senza mettere in discussione la

p. 714 e ss. Argomenti simili sono stati spesi dalla Suprema Costa Estone (giudizio del 12 luglio 2012), che tuttavia ha respinto la richiesta di incostituzionalità della legge di esecuzione dell'ESM nella parte in cui il Trattato - art. 4(4) - consente, in circostanze eccezionali, di adottare decisioni con una soglia di voti tale da rendere irrilevante l'orientamento dei Paesi più piccoli, che meno hanno contribuito al fondo. Un richiamo alla "libertà del Parlamento" nella scelta delle misure idonee a soddisfare il meccanismo di correzione in caso di deviazione dall'OMT è contenuto anche nella decisione del Consiglio costituzionale francese che ha dato il via libera alla ratifica del Fiscal compact: cfr. Conseil Constitutionnel, dec. no. 2012–653 DC, par. 25.

[100] V. in particolare la decisione del 7 settembre sugli aiuti finanziari alla Grecia (in particolare par. 122 e ss.), nonché le decisioni sull'ESM, adottate rispettivamente 12 febbraio 2012 (par. 259) il 28 marzo 2014 (in particolare, par. 159 e ss.).

[101] Mangold-Honeywell, 2 BvR 2661/06. In tale decisione, i giudici di Karlsruhe non solo hanno ribadito il vincolo, sull'interpretazione del diritto europeo, derivante dalle pronunce della Corte di giustizia, ma hanno anche stabilito che il controllo ultra vires può scattare solo qualora la violazione del principio di attribuzione sia «manifesta», nel senso di «sufficientemente qualificata» (cfr. parr. 60-61).

natura derivata dei trattati istitutivi e la titolarità statale della Kompetenz-Kompetenz[102].

A dimostrazione che la partita sia tutt'altro che chiusa, il *Bundesverfassungsgericht* ha effettuato nuovamente rinvio pregiudiziale sulle operazioni di *quantitative easing*, programma solo in parte simile alle OMT[103]. La decisione conferma la sottile paratia che divide la politica economica dalla politica monetaria e, quindi, la possibile interferenza di tali programmi con il principio di attribuzione e con l'identità costituzionale tedesca[104].

Il Tribunale costituzionale tedesco si è mosso in parallelo con altre corti costituzionali, che si sono pronunciate sulle misure di riduzione della spesa pubblica che hanno lambito i diritti sociali riconosciuti dalle Costituzioni nazionali.

In quest'ambito, non è sempre facile tratteggiare orientamenti giurisprudenziali organici e coerenti [105]. Per quanto attiene all'ordinamento italiano, la Corte costituzionale ha risparmiato, pur con alcune rilevanti eccezioni[106], dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale i blocchi stipendiali per alcune categorie di dipendenti pubblici non contrattualizzati[107], salvo poi virare verso un sindacato

[102] BvR 2728/13, decisione del 21 giugno 2016, spec. par. 87, 106, 117.

[103] Il *quantitative easing* si distingue dall'OMT per finalità e modalità di esecuzione. Se entrambi si inseriscono nel macro-obiettivo di consentire una corretta trasmissione monetaria, il primo persegue lo scopo dichiarato di immettere liquidità nel mercato, per alzare il livello di inflazione attorno al 2%. Inoltre, mentre l'OMT è stato solo annunciato, il *quantitative easing* è tuttora in corso, e ne è stata rivelata sia la durata, sia il volume totale di acquisti di titoli di stato e di obbligazioni sul mercato secondario. Sul punto P. Faraguna, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quad. cost*., 2017, p. 930 e ss.

[104] BVG, 2 BvR 859/15, del 18 luglio 2017.

[105] In tal senso v. anche G. Grasso, *Equilibrio di bilancio e godimento dei diritti sociali nella più recente giurisprudenza costituzionale (gli anni 2015-2017),* in L. Dorato, G. Grasso (a cura di), *I diritti sociali e del lavoro nella lunga crisi economia. La questione pensionistica come caso emblematico*, Napoli, 2017, p. 121.

106 Sent. n. 223 del 2012, che ha dichiarato illegittimi la decurtazione dell'indennità giudiziaria per i magistrati e il taglio delle retribuzioni dei dipendenti pubblici superiori ai 90.000 euro (sent. n. 223/2012), oltre al contributo di solidarietà per le cd. "pensioni d'oro" (sentenza n. 116/2013, contributo poi salvato nella sent. 173 del 2016 perché costruito come prelievo e non come tributo).

[107] C. cost., sent. n. 304 del 2013, 310 del 2013, 154 del 2014.

più severo una volta allentatasi la crisi economica, e dunque, la necessità di una serrata vigilanza sui conti pubblici. Sono stati giudicati incostituzionali il blocco degli adeguamenti all'inflazione delle pensioni superiori al triplo del minimo[108], il blocco "a regime" della contrattazione collettiva nel pubblico impiego[109], la mancata neutralizzazione dei contributi per disoccupazione nel computo della prestazione previdenziale[110]. Nonostante la Corte costituzionale non abbia mancato di affermare, con un *obiter dictum* piuttosto impegnativo, come sia «la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»[111], il controllo di costituzionalità sulle misure incidenti sui diritti sociali si è mosso per «linee interne all'ordinamento designato dalla legislazione»[112], valorizzando la composita morfologia del sindacato di ragionevolezza in luogo di un applicazione categorica e meccanica dei diritti sociali[113].

Quest'approccio è in fondo coerente con la particolare struttura delle situazioni soggettive di prestazione, che porta a distinguere il

[108] Sent. n. 70 del 2015. In tale pronuncia, tuttavia, le valutazioni intorno alla violazione della sufficienza e della adeguatezza del regime pensionistico cedono il passo alle considerazioni intorno alla irragionevolezza per difetto di motivazione dell'atto legislativo (come emerge anche dalla decisione n. 250/2017, che fa invece salva la rivalutazione a scaglioni introdotta a seguito della prima pronuncia).

[109] Sent. n. 178 del 2015, che ha dichiarato illegittimo il blocco "a regime" della contrattazione collettiva nel pubblico impego. Per una lettura "autentica" di tali decisioni cfr. S. Sciarra, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.,* 2017, p. 360 e ss.

[110] Sent. n. 82 del 2017.

[111] Sent. n. 275 del 2016, con cui la Corte ha dichiarato illegittima una norma di una legge regionale che stabiliva un contributo al servizio di trasporto scolastico per i portatori di handicap incerto nell'*an* e nel *quantum*.

[112] A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost*., 2014, p. 87

[113] Non è un caso, allora, che il giudice delle leggi ricorra a paradigmi argomentativi particolarmente flessibili, come la «gradualità» e la discrezionalità del legislatore nella loro attuazione, o la necessaria «temporaneità» delle eventuali limitazioni. Sul punto M. Luciani, *La giurisprudenza costituzionale nel tempo della crisi*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, 2017, p. 19-20. Sul punto sia consentito rinviare anche a C. Caruso, *La giustiziabilità dell'equilibrio di bilancio tra mito e realtà*, in *La Costituzione finanziaria*, cit., p. 277 e ss.

riconoscimento del diritto (l'*an* e il *quid*) dalla garanzia in concreto predisposta (il quantum della prestazione, variabile dipendente dalle strutture organizzative e dalle risorse stanziate[114]): mentre la prima non può mai essere messa in discussione dal legislatore, pena lo smarrimento della precettività *magis ut valeat* dei diritti sociali e la conseguente loro degradazione a meri obiettivi programmatici, la seconda è suscettibile di una graduazione legislativa parametrata alla «riserva del ragionevole e del possibile»[115]. Lungi dall'avallare una trasformazione dei diritti sociali in «false promesse, se non vere e proprie 'menzogne'»[116], sintomo del «complessivo smarrimento» del dover essere costituzionale[117], il sindacato del Giudice delle leggi si è mosso lungo i binari dei principi «fondativi dello stato sociale di diritto, come quelli di proporzionalità, di eguaglianza» - in una parola – di «ragionevolezza», sinonimo di una «pragmatica linea di resistenza contro gli eccessi dei *decision makers*»[118].

Tali osservazioni non valgono solo per l'ordinamento italiano. Significative a tale riguardo sono le pronunce del Tribunale costituzionale portoghese, il quale ha dichiarato illegittime alcune previsioni che incidevano sui diritti dei pubblici dipendenti, quasi a voler sottolineare che nessun principio economicista di efficienza della

[114] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, p. 30 e ss., da ultimo M. Massa, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità, nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.,* 2017, p. 77-78.

[115] A. Baldassarre, *Diritti sociali*, cit. ult., p. 31, che rievoca un argomento ricorrente della giurisprudenza costituzionale tedesca. Vi è anche chi, come A. Spadaro, *La crisi, i diritti sociali, e le risposte dell'Europa*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015, p. 24, si spinge a ritenere che, nella prospettiva dei diritti sociali, la sostenibilità costituisca «l'aspetto "economico" del concetto di ragionevolezza in campo "giuridico"».

[116] S. Gambino, W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in Astrid Rassegna, 13/2012, p. 28.

[117] A. Ruggeri, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in Consulta On-line, 2012, p. 15.

[118] Così B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. il caso italiano, in Lavoro e diritti sociali nella cris*i, cit., p. 70, nello stesso senso M. Massa, *Discrezionalità*, cit., p. 80.

spesa pubblica può esentare il legislatore dal controllo di proporzionalità[119].

Le decisioni dei giudici nazionali hanno abbozzato possibili risposte alle due questioni fondamentali poste dal diritto della crisi. Esse tentano di colmare, per un verso, il *deficit* di democraticità che affligge il *Sonderweg* europeo, e, quindi, di rispondere ai problemi di accentramento funzionale in assenza di un processo di unificazione politica; per un altro, mettono un freno alle riduzioni delle prestazioni nei sistemi nazionali di *welfare*, puntellando, almeno indirettamente, la tenuta dei diritti sociali garantiti dalle costituzioni degli stati membri.

6. *Le proposte di riforma della governance economica e dell'assetto istituzionale dell'UE*

Allo stato attuale, se è forse verosimile affermare che l'Europa si sia lasciata alle spalle la crisi economica, non altrettanto può dirsi per la crisi istituzionale. Il sistema europeo di *governance* riflette lo stallo del processo di integrazione, in evidente rallentamento a seguito della *Brexit* e delle nuove forme di sovranismo autoritario che affliggono alcuni Stati membri[120].

Non mancano, invero, le proposte di riforma, avanzate soprattutto dagli organi della stessa Unione, le quali tuttavia – lo si

[119] Cfr., in particolare, decisioni nn. 353/2012 e 187/201, su cui vedi T. Abbiate, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 146 e ss., Id., *Il Tribunale costituzionale portoghese al tempo della crisi: una nuova disciplina in materia di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 438 e ss. Sulla ricca giurisprudenza costituzionale portoghese concernente le misure di riduzione della spesa pubblica v. C. Fasone, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*, EUI Working Paper MWP 2014/25, p. 38 e ss.

[120] Cfr., da ultimo, la proposta della Commissione, rivolta al Consiglio ai sensi dell'art. 7 TUE, di constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dei valori dell'Unione da parte della Polonia: *Proposal for a Council decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law*, COM(2017) 835 final.

può anticipare sin da ora - non mettono in discussione l'architettura ereditata da Maastricht e, con essa, il peccato originale della separazione delle politiche economiche dalla politica monetaria.

Si tratta di soluzioni che, per la maggior parte, intendono rafforzare il coordinamento delle politiche economiche e il ruolo delle istituzioni comunitarie. Sembrano invece minoritarie le proposte volte al rafforzamento dell'anima intergovernativa dell'Unione (ad esempio tramite l'attribuzione delle funzioni di sorveglianza sui bilanci nazionali a un organismo terzo istituito nell'ambito dell'ESM[121]).

Nel primo gruppo si collocano il rapporto del Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie coordinato da Mario Monti[122], alcune risoluzioni del Parlamento europeo approvate lo scorso febbraio[123], nonché il recente pacchetto presentato dalla Commissione all'inizio di dicembre, preceduto da una comunicazione sul completamento della *governance* economico-monetaria[124]. Alcune di queste proposte riprendono idee già contenute nel *blueprint* della Commissione del 2012[125], ribadite a grandi linee dal report dei "cinque presidenti"[126].

[121] È questa un'idea occasionata dalle insoddisfazioni di alcuni governi per l'azione altamente discrezionale della Commissione, che ha reso flessibili e permeabili ad istanze politiche i vincoli di bilancio introdotti negli ultimi anni. Cfr. il *non paper* presentato da Schäuble prima di essere eletto Presidente del Bundestag.

[122] Gruppo ad alto di livello sulle risorse proprie. Sintesi e raccomandazioni, reperibile su http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-executive-summary-recommendations_it.pdf

[123] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulla capacità di bilancio della zona euro (2015/2344(INI)), Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sul miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del Trattato di Lisbona (2014/2249(INI)), Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea (2014/2248(INI)).

[124] Further steps towards completing europe's economic and monetary union: a roadmap, COM(2017) 821 final, nonché le proposte di un regolamento volto all'istituzione del Fondo Monetario Europeo (COM(2017) 827 final), di una direttiva diretta a dotare gli Stati membri di strumenti che garantiscano responsabilità nella gestione delle finanze pubbliche, (COM(2017) 824 final), di un regolamento di modifica del reg. n. 1303/2013 sui fondi di sviluppo e coesione sociale (COM(2017) 826 final), di un regolamento sulla copertura del fondo di supporto delle riforme strutturale (COM(2017) 825 final).

[125] *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate*, COM(2012) 777 final/2.

Esse concernono, a diverso titolo, il bilancio dell'Unione, la *governance* economica nonché, più in generale, l'assetto istituzionale europeo.

Con specifico riferimento alla capacità di bilancio, è stato suggerito un aumento delle risorse proprie, in modo da liberare i Paesi membri dai trasferimenti statali e aumentare quindi il potenziale di spesa nazionale[127]. È questa una soluzione coerente con l'ispirazione di fondo della costruzione economica europea, la quale impone la regola del pareggio nominale di bilancio al livello sovranazionale e la possibilità di operare in funzione anti-ciclica a livello statale (v. *supra*, par. 2); essa stride, tuttavia, con le esperienze di alcune federazioni, ove il compito di stabilizzazione economica è affidato, appunto, alle istituzioni federali[128].

Con specifico riferimento alla *governance* economica, la proposta di direttiva per rafforzare la responsabilità di bilancio suggerisce di incorporare, nel diritto dell'Unione, parte del contenuto del *Fiscal compact*[129]. Chiede agli Stati membri di dotarsi di un «quadro di regole di bilancio numeriche vincolanti e permanenti», specifiche per il singolo Paese, così fissando, nel quadro giuridico nazionale, l'obiettivo di medio termine concordato con la Commissione europea nell'ambito del valore indicato dal *six pack*[130]. La proposta prevede altresì un rafforzamento degli enti indipendenti incaricati di verificare il rispetto degli obiettivi di bilancio, secondo il principio *comply or justify*: le istituzioni politiche che non ritengono di seguire le osservazioni dei

126 Cfr. il *Report Towards a genuine economic and monetary union*, presentato dal Presidente del Consiglio europeo Van Rumpuy il 24 giugno 2012, adottato in stretta collaborazione con il Presidente della Commissione Europea, con il Presidente dell'Eurogruppo e con il Presidente della Banca centrale. A tale documento ha fatto seguito il Report presentato dai cinque Presidenti, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, nel giugno del 2015.

127 Gruppo ad alto livello, citò, pp. 9 e ss.

128 V. F. Fabbrini, *The Fiscal Compact, the "Golden Rule", and the Paradox of European Federalism*, in Boston *College International and Comparative Law Review*, 36/2013, p. 33, nonché, se si vuole, Caruso, Vincoli di bilancio, cit., p. 12 e s.

129 Come già prevede l'art. 16 del Fiscal Compact.

130 Art. 3 (1), COM (2017) 824 final.

fiscal councils dovranno giustificare «pubblicamente la decisione di non osservare tali raccomandazioni»[131]

Rimane invece a livello di mera esortazione politica l'auspicio, contenuto in una delle risoluzioni parlamentari, di un maggior coinvolgimento del Parlamento nel semestre europeo[132].

Nelle intenzioni della Commissione, la fuga dal diritto primario europeo dovrebbe arrestarsi attraverso l'inclusione dell'ESM nel diritto dell'Unione, e con la sua contestuale trasformazione in un vero e proprio Fondo monetario europeo (FME), operante sotto la supervisione del Consiglio e dotato di un'adeguata capacità di erogare e contrarre prestiti. Esso dovrebbe garantire la stabilità finanziaria agli Stati membri in difficoltà, raccogliere fondi attraverso l'emissione di strumenti del mercato dei capitali, effettuare operazioni sul mercato monetario nonché fornire un sostegno comune al Fondo bancario di risoluzione unica[133].

Quanto all'assetto istituzionale**,** la Commissione ha proposto infine di fondere le posizioni del Commissario per gli affari economici e finanziari e del Presidente dell'Eurogruppo nella nuova figura del Ministro europeo dell'economa e delle finanze, il quale avrebbe il compito di rafforzare il coordinamento delle politiche economiche, e di rendere – per così dire – visibili e *accountable* gli orientamenti delle istituzioni europee in materia di bilancio e di politiche economiche[134].

---

[131] Art. 3 (6), COM(2017) 824 final. Una previsione simile è già contemplata, per l'ordinamento italiano e in relazione ai compiti dell'Ufficio parlamentare di bilancio, dall'art. 18, comma 3, della legge n. 243 del 2012, la quale stabilisce che, «[q]ualora, (…) l'Ufficio esprima valutazioni significativamente divergenti rispetto a quelle del Governo, su richiesta di almeno un terzo dei componenti di una Commissione parlamentare competente in materia di finanza pubblica, quest'ultimo illustra i motivi per i quali ritiene di confermare le proprie valutazioni ovvero ritiene di conformarle a quelle dell'Ufficio».

[132] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sul miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del trattato di Lisbona, cit., par. 53.

[133] Proposta di un Regolamento del Consiglio sull'istituzione del Fondo monetario europeo, COM(2017) 827 final.

[134] Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio europeo, al consiglio e alla banca centrale europea su un ministro europeo dell'economia e delle finanze, COM(2017) 823 final.

Resta invece sulla carta il proposito, avanzato in una delle risoluzioni del Parlamento europeo, di trasformare il Consiglio in sede legislativa, unificando le diverse formazioni, degradando queste ultime a meri organi preparatori[135].

7. *Alla ricerca dell'unità politica europea. La crisi delle teorie sull'integrazione*

Come emerge da tale panoramica, la trasformazione della *governance* in un vero e proprio *government* non sembra essere all'orizzonte del possibile, lasciato com'è al *flatus vocis* di influenti intellettuali[136] o alle ambizioni del neo-Presidente della Repubblica francese, il quale sembra aver dato linfa a un nuovo europeismo federalista[137].

Le proposte presentate dalle istituzioni europee si collocano – non sarebbe potuto essere altrimenti – entro la cornice dell'integrazione neo-funzionalista, nell'ambito cioè di quel processo di delega di funzioni statuali ad organismi tecnocratici che ha contraddistinto la costruzione dell'edificio europeo sin dai trattati istitutivi. Nel progetto originario, la delega di funzioni avrebbe dovuto interessare aree diverse dal mercato così creando un effetto di *spill-over*, capace di diluire gli interessi funzionali e settoriali nell'interesse generale di una comunità unitaria[138].

Si continua, dunque, sulla strada di un'Unione senza unità, in mancanza di un progetto di unificazione della comunità politica europea, *id est* di un processo costituente di *integrazione politica*,

---

[135] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea (2014/2248(INI)), par. 55.

[136] J. Habermas, "*Si può ancora fare politica contro le false idee sull'Europa*", *La Repubblica* del 28 ottobre 2017.

[137] E. Macron, discorso alla Sorbona del 26 settembre, ma v. anche Assemblée Nationale, XV legislatura, *Rapport d'Information déposé par la Commission des Affaires Européeness sur les conventiones démocratique de refondation de l'Europe*.

[138] Cfr. E. Haas, *The Uniting of Europe: political, social and economical forces, 1950-1957*, Stanford, 1958, *passim*.

costruito attorno la condivisione di valori fondamentali del *demos* europeo.

Si persevera in un errore di politica dell'integrazione, sul quale, per ovvie ragioni, i margini di intervento del giurista restano assai angusti.

Non resta che insistere sulla necessità di riprendere il filo della riflessione sui paradigmi teorici dell'integrazione europea: le misure adottate durante la crisi sembrano aver colpito al cuore le dottrine che hanno giustificato o sistematizzato l'integrazione funzionalista, distinta dal costituzionalismo europeo di matrice federale, il quale ha storicamente sostenuto la necessità di trasferire la sovranità statuale ad un ente unitario a sovranità indivisa[139].

Verrebbe quasi da dire che il diritto europeo della crisi ha "falsificato", evidenziandone l'incompiutezza teorica, le ipotesi teoriche finora seguite dalla dottrina maggioritaria per classificare il *federalizing process* europeo.

La fuga dalle forme del diritto europeo, l'accentuazione dell'anima intergovernativa del coordinamento economico, il ruolo assunto dal Consiglio europeo nei momenti più difficili della crisi hanno smentito l'idea che la dinamica integrativa possa sempre seguire la strada della delega di funzioni statali ad autorità tecnocratiche. È emersa, anzi, una carenza di *auctoritas* di queste ultime nei momenti di tensione del sistema: nello stato di eccezione, innescato dalla crisi, la salvezza dell'ordinamento europeo è stata assicurata dal Consiglio europeo e, prima ancora, dalle decisioni prese dal direttorio franco-tedesco[140].

D'altronde, l'accentramento verticale delle funzioni, l'imposizione di ulteriori vincoli sulle politiche economiche e di bilancio - settore ove, insieme alla politica estera e di difesa, gli Stati membri dovrebbero dirsi compiutamente sovrani - il rafforzamento

[139] Su cui v. A. Spinelli, *Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea*, in Id., Il progetto europeo, Bologna, p. 151 e s.; G.F. Mancini, *The making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 26 (4) 1989, p. 595 e s.

[140] S. Fabbrini, *Intergovernmentalism and its limits,* cit., p. 1018. *Per un utilizzo delle* categorie schmittiane per decifrare la dinamica politica della crisi europea cfr. C. Joerges, Europe's Economic Constitution in *Crisis*, cit., p. 310 e s.

della discrezionalità politica in capo a istituzioni tecnocratiche come la Commissione, l'interventismo della Banca centrale (al limite del proprio mandato istituzionale) hanno in parte smentito la ricostruzione dell'Unione europea come soggetto meramente regolatore, che opera asetticamente, con *expertise* tecnica e autonomia dal circuito democratico-rappresentativo in settori «orientati all'efficienza» [141], ove il cittadino medio rimane «razionalmente ignorante»[142].

Non solo: il diritto della crisi ha in parte contraddetto la classificazione dell'ordinamento sovranazionale quale innovativo esempio di ordinamento costituzionale senza Stato, di un sistema cioè che trova il proprio fondamento ora nella «tolleranza costituzionale» di popoli e culture distinte ma unite dal rispetto della diversità[143], ora nella tutela multilivello dei diritti fondamentali, i quali fornirebbero una condivisa identità europea, a sua volta scaturente, in un processo circolare di legittimazione, dalle tradizioni comuni degli Stati membri[144].

La tolleranza costituzionale sembra essersi smarrita nell'irrigidimento dei vincoli di bilancio e nel percorso di convergenza macroeconomica imposto attraverso indicatori calcolati *ex ante* a prescindere dalle concrete condizioni dei singoli Stati membri, nonostante gli sforzi della Commissione Juncker volti a garantire un certo grado di flessibilità nella loro applicazione. Il volto di un'Europa fondata su processi «di condivisione, persuasione, obbedienza volontaria» [145] sembra essere definitivamente compromesso dalle dinamiche del federalismo esecutivo: dall'occhiuta sorveglianza della Commissione, dai pervasivi vincoli macro-economici e di bilancio, dai meccanismi di assistenza finanziaria subordinati al principio di

[141] G. Majone, *European's 'Demcoratic Deficit': the Question of Standards*, in European Law Journal, 4 (1) 1998, p. 510 e s.

[142] A. Moravcsik, *In defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union*, in Journal of Common Market Studies, 40(4), 2002, p. 614.

[143] J.H.H. Weiler, *Federalismo e costituzionalismo. Il «Sonderweg» europeo*, in Id., La Costituzione dell'Europa, p. 523 e s.

[144] Per primo, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 27/2002, p. 511 e s.

[145] Così F. Palermo, *La forma di Stato dell'Unione Europea: per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005, p. 227.

condizionalità, dal ruolo di supervisione svolto da istituzioni internazionali.

Si consolida la natura "vincolata" dello Stato costituzionale nell'Europa del XXI secolo: se nello Stato nazione a sovranità indivisa, ispirato ai principi del costituzionalismo, il vincolo giuridico al potere politico era essenzialmente interno, delineato dalla Costituzione e dai suoi corollari (rigidità, controllo di costituzionalità, principio di legalità etc.), la adesione alla costruzione europea dopo Maastricht segna la nascita del «vincolo esterno» quale condizione permanente dello Stato europeo. Secondo alcune letture, il *Member State* è il nuovo paradigma organizzativo dell'ente statuale in Europa, contraddistinto dalla precettività interna di regole prodotte al di fuori dei confini nazionali, alle quali lo Stato sceglie liberamente di sottomettersi; dalla burocratizzazione dell'azione di governo; da criteri di legittimazione del potere politico fondati sull'efficienza e sull'apprezzamento esterno da parte dei governi degli altri Stati membri e delle istituzioni tecnocratiche dell'Unione[146].

Le riforme approvate in occasione della crisi economica hanno portato alla «dismissione del lessico costituzionale»[147], allo svelamento della reale natura dell'ordinamento sovranazionale, il quale rimane, per le sue peculiari modalità di funzionamento e per le finalità settoriali che lo caratterizzano, un ordinamento *sui generis*, una "comunità di diritto" ma non una "comunità di diritto costituzionale". Nessuna «decostituzionalizzazione»[148] dell'ordinamento sovranazionale, dunque, ma solo la «fine degli equivoci»[149], rispetto a un sistema che ruota attorno alla necessità di mantenere l'ordine istituzionale del mercato e, con esso, i suoi corollari: moneta unica e convergenza macroeconomica.

Non è più il tempo di edulcorare l'integrazione funzionalista con la narrazione della *Grundrechtsgemeinschaft*. Fallito il progetto di Costituzione europea, di cui la Carta dei diritti avrebbe dovuto rappresentare il nucleo duro, è andato via via perdendo vigoria

[146] C. Bickerton, *European integration*, cit., p. 67 e s.

[147] M. Dani, *Il diritto pubblico euro*peo, cit., p. 360.

[148] Come invece sembra sostenere M. Benvenuti, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale europea*, Napoli, 2016, p. 102.

[149] M. Dani, cit. ult.

l'effetto inducente e federalizzante della dichiarazione sovranazionale[150]. Le misure adottate negli ultimi anni hanno mostrato quanto fossero deboli le condizioni di applicabilità della Carta e l'efficacia delle sue situazioni soggettive[151], rispetto alla solidità dei diritti garantiti dalle Costituzioni nazionali; una Carta di cui, all'indomani dell'entrata in vigore e con riferimento alle sue enunciazioni solidaristiche, era stata già sottolineata la natura difensiva, di conservazione degli *standard* di tutela sociale presenti negli Stati membri, che ne disinnesca la funzione promozionale e di innovazione sociale[152].

Il diritto europeo della crisi ha dimostrato, se ancora ce ne fosse stato bisogno, che i diritti fondamentali non possono reggersi esclusivamente sulle esili gambe di una dichiarazione sovranazionale, ma necessitano di un processo di unificazione politica e, quindi, di un soggetto unitario che persegua i fini generali della comunità di riferimento[153].

---

[150] Cfr. gli auspici della delegazione italiana alla Convenzione. V. per tutti A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, p. 54.

[151] In questo senso anche A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro*, cit., p. 103 e s.

[152] F. Saitto, *"Risocializzare l'Europa". La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in questo numero della *Rivista*, p. 3, il quale riattualizza quanto già sostenuto da P. Ridola, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 181.

[153] Questa è una delle osservazioni che, ad avviso di chi scrive, si può trarre dalla sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, che ha riservato al proprio sindacato la norma interna contrastante con la Carta di diritti fondamentali. Proprio perché la Carta ha la medesima sostanza della Costituzione, solo l'ordinamento costituzionale è in grado di offrire un rimedio adeguato alla violazione dei diritti fondamentali (sul punto v. A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, su questa *Rivista*, nonché il dibattito ospitato sul Forum di Quaderni costituzionali e i primi commenti di C. Caruso, L. Salvato, A. Guazzarotti, R. Conti. In generale, v. la relazione di A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, reperibile su www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/SIVIGLIA_BARBERA.pdf per certi versi anticipatrice della citata pronuncia.

Anche per rispondere alla intrinseca debolezza della Carta, è stato ora proclamato, su iniziativa della Commissione, il Pilastro europeo dei diritti sociali, una dichiarazione volta a ribadire l'impegno delle istituzioni dell'Unione e degli Stati membri nella tutela dei diritti di prestazione[154].

A prima vista, la proclamazione inter-istituzionale non sembra in grado di scuotere l'ordinamento sovranazionale, e non solo perché *soft law* dal debole valore precettivo[155]. In Europa, la questione politica precede la questione sociale: nessun aggiornamento, nessun nuovo "livello" di tutela dei diritti di prestazione può essere pensato in assenza di una «sfera pubblica e di un sistema politico [unitario e] sovranazionale»[156], almeno nel senso che nessuna pretesa soggettiva può essere compiutamente posta in assenza dell'unità del corpo politico, anche in una dimensione più ampia rispetto allo Stato nazione. I diritti – e il discorso vale *a fortiori* per i diritti sociali, che richiedono coperture finanziarie e apparati serventi - non possono ridursi alla *prudentia iuris* e al frammento di valore sprigionato dal caso concreto: essi sono, all'uno, principi normativi e programmi di azione che presuppongono uno Stato, e cioè una comunità unita e organizzata *attorno* ad essi e *in vista* della loro realizzazione.

Extra unitatem nihil salus: è la storia del costituzionalismo liberaldemocratico a insegnare che sono «i processi di unità politica» a

[154] Cfr. Proclamation of the European Pillar of Social Rights, https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_it

[155] Scrive di «fragile pilastro» animato da «buone intenzioni» S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 960. La proclamazione è stata anticipata da una Raccomandazione della Commissione 2017/761 del 26 aprile 2017 sul pilastro europeo dei diritti sociali, dalla comunicazione "Istituzione di un Pilastro europeo dei diritti sociali", COM (2017) 250 final, dalla proposta "Proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali", COM (2017) 251 final, e da un Documento di riflessione sulla dimensione sociale europea COM (2017) 206 final. Sul pilastro sociale europeo v. comunque F. Saitto, *"Risocializzare l'Europa",* cit., p. 21.

[156] M. Dani, cit. ult., p. 362.

«portare a sempre più intense forme di estensione e tutela dei diritti fondamentali», non certo il contrario[157].

[15. 02. 2018]

Abstract: The articles discusses how the European Union (EU) managed the economic and financial crisis, trying to fill the institutional gaps inherited from the Maastricht Treaty. This process brought to a deep istitutionalisation and centralization of the EU economic governance, enhancing the EU's and Member States' executives and causing a paradoxical move towards a bureaucratization of political institutions and a politicization of technocratic institutions. This kind of "executive federalism" is quite different from a political federalizing process: firstly, it is led hierarchically by the center, amplifying the internal dualism, typical of a multilevel polity, between Member States and supranational institutions. Secondly, the European federal dynamic lacks political unity, which is not the result but rather the starting point of a political federalising process. The sui generis nature of the European "executive federalism", having passed the deferential scrutiny of the European Court of Justice, resulted in reactions in the national Courts, which reaffirmed the limited and enumerated powers of the European Union. Against this background, EU institutions have been preparing a reform plan, which does not question the neo-functional structure of the EU. Faced with this political conundrum, academics can only observe how the very nature of executive federalism highlights the failure of the mainstream doctrines of European integration.

Keywords: monetary union, economic governance, executive federalism, political unity, EU reform

Abstract: La crisi economica ha colpito la difettosa impalcatura istituzionale europea ereditata dal Trattato di Maastricht, il quale ha

[157] Così A. Barbera, *La Carta dei diritti*, cit. p. 17, nello stesso senso G. Scaccia, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in Rivista Aic, 3/2017, p. 46 e s.

separato la politica monetaria (affidata a un'istituzione sovranazionale come la BCE) dalle politiche economiche (assegnate al coordinamento intergovernativo). Questo assetto, incapace di rispondere agli shock causati dalla crisi, ha costretto l'Unione europea ad intervenire con una serie di misure che hanno tentato di colmare le lacune istituzionali dei Trattati. Il diritto europeo dell'emergenza ha impattato sui tradizionali percorsi dell'integrazione, innescando un pervasivo processo di regolamentazione e di accentramento orizzontale delle funzioni di politica economica, con contestuale valorizzazione degli esecutivi Corrado Caruso Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea dell'Unione e degli Stati membri, secondo una dinamica (per certi versi paradossali) di burocratizzazione dei processi politici e di politicizzazione delle istituzioni tecnocratiche. Questa dinamica, che ha preso il nome di "federalismo esecutivo", è irriducibile a un autentico processo federativo, capace di portare verso forme più compiute di unità politica. L'attuale dinamica federale in corso in Europa rimanda, infatti, a una centralizzazione "gerarchica" imposta, almeno in parte, dal centro, amplificando il dualismo tra istituzioni sovranazionali e Stati membri tipico della governance multilivello; inoltre, l'unità politica, assente in un sistema di matrice neo-funzionalista, non è il risultato ma il presupposto dei processi di integrazione di un sistema federale. L'attuale processo istituzionale dell'Unione è passato indenne al sindacato deferente della Corte di Giustizia, ma ha innescato la reazione delle Corti costituzionali nazionali (in particolare, del Tribunale costituzionale tedesco), le quali hanno voluto riaffermare la natura derivata (e, dunque, intrinsecamente limitata) dell'Unione europea. Dopo aver passato in rassegna le varie ipotesi di riforma dell'assetto istituzionale, l'articolo sostiene che nessuna delle proposte in campo metta in discussione il peccato originale dell'Unione europea, creazione «neo-funzionalista» frutto delle «réalisations concrètes» di élite politico burocratiche. Si persevera, infatti, nella costruzione di una Unione senza unità, in mancanza, quindi, di un progetto di unificazione della comunità politica europea, id est di un processo costituente di unificazione politica, costruito sui valori fondamentali del popolo europeo. In conclusione, l'articolo sottolinea come la dinamica istituzionale in

corso nell'Unione smentisca buona parte delle principali dottrine sull'integrazione europea.

Parole chiave: Unione monetaria, governance economica, federalismo esecutivo, unità politica, riforma dell'UE

Corrado Caruso - *Senior Lecturer* in Diritto costituzionale, Università degli studi di Bologna, Assistente di studio presso la Corte costituzionale (corrado.caruso@unibo.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

The Court of Justice and the Perils of Eurozone Fiscal Framework* **

Mario Iannella

CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Perils of Fiscal Federalism: Theoretical Frame. – 2.1. An overlook on theory of fiscal federalism and its perils. – 2.2. Theoretical solutions: The systems of incentives. – 3. The System of Incentives in the Eurozone. – 4. Judgments at Stake. – 4.1. The Pringle Case. – 4.2. The Gauweiler Case. – 5. The Role of Incentives as a Basis for Legitimacy. – 5.1. The system of incentives in the cases. – 5.2. The role of incentives in Pringle. – 5.3. The role of incentives in Gauweiler. – 6. Follow-Up: Confirmation and Rejection. – 6.1. An overview of the Ledra Adv. case. – 6.2. The role of incentives in Ledra. – 6.3. The different perspective of the GFCC. – 7. Conclusions.

1. *Introduction*

The introduction of new instruments of regulation of economic policies in the Eurozone as a reaction to the financial crisis signed a severe constitutional challenge for the European Union.[1] The creation

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

** The first version of this paper was presented at the Fifth Young Comparatists Biennial Conference of the Italian Association of Comparative Law, 'New Topics and Methods in Comparative Legal Research and its Relations with Social Sciences', 27-28 May 2016. A second draft, including the analysis of Ledra Adv. has been presented at the '*Fiscal Federalism workshop*' of the *Winter School on Federalism and Governance,* organised by the Institute for Studies on Federalism and Regionalism of EURAC research, the Faculty of Law and the School of Political Science and Sociology of the University of Innsbruck. I am extremely grateful to Giuseppe Martinico for his comments.

[1] On the debate about the nature of those processes as a constitutional mutation or a variation, see B. De Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?,* in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, 2015, p. 434-457. For an overview of the thesis proposed and a critical approach to this division, see G. Martinico, *Las*

of assistance mechanisms (EFSM, [2] EFSF [3] and ESM [4]), the programmes of intervention of the ECB (particularly the OMT[5]) and the way these instruments operated, created the room for several judicial challenges. Particularly *Pringle*[6] and *Gauweiler*[7] deal, mainly,

---

Implicaciones Constitucionales de la Crisis: una Reseña de la Literatura Reciente, in *Estudios de Deusto*, vol. 64/1, 2016), p. 26-30.

[2] European Financial Stability Mechanism, Reg. (UE) n. 407/2010, 11 May 2010.

[3] European Financial Stability Facility, created as a company of Luxembourg law, after a decision of the Ecofin Council on 9 May 2012.

[4] *Treaty establishing the European Stability Mechanism,* 2 February 2012.

[5] *Outright Monetary Transactions,* as announced in *Technical features of Outright Monetary Transactions,* ECB *Press Release,* 6 September 2012.

[6] Case C-370/12, *Thomas Pringle v Government of Ireland, Ireland and The Attorney General* [2012].

[7] Case C-62/14, *Peter Gauweiler and Others v Deutscher Bundestag, Judgment of the Court* [2015]. These judgements offer the chance to examine different aspects of the economic governance adopted amidst the crisis. So far, scholarly analysis has focused on the institutional outcomes that followed these judgements, see A. Hinarejos, *The Court of Justice of the EU and the Legality of the European Stability Mechanism*, in *Cambridge Law Journal* vol. 72, 2013, p. 240; B. de Witte and T. Beukers, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism: Pringle*, in *Common Market Law Review,* vol. 50, 2013, p. 848. P. Craig, *Pringle and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance,* in *European Constitutional Law Review,* vol. 9, 2013, p. 284 focuses on the 'loan' of EU institutions pursuant to an intergovernmental agreement that was endorsed by the CJEU in *Pringle*. On the institutional outcomes of *Gauweiler*, see H.C. Hofmann, *Gauweiler and OMT: Lessons for Public Law and the European Economic Monetary Union*, in *SSRN 21*, 2015, available at <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2621933>, accessed 26 July 2016; J.V. Louis, *The Emu After the Gauweiler Judgement and the Juncker Report*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 23, 2016, p. 77 instead tested how the principles of *Pringle* and *Gauweiler* could affect the EMU, looking also at the reforms proposed in the Juncker Report.

Other studies are particularly interested in the consequences for relationships between the national courts and the Court of Justice, and more generally, between the national and supranational orders, see T. Tridimas and N. Xanthoulis, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case. Between Monetary Policy and Constitutional Conflict*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 23, 2016, p. 35 focused on the relationships between the CJEU and the national courts amidst *Gauweiler*. Before the judgement of the CJEU, for an analysis of the *ultra vires* action referred by the GFCC, see M. Wendel, *Exceeding Judicial Competence in the Name of*

with a competence issue, which is connected to different interpretative approaches to EU law. Moreover, this issue mainly takes the form of the existence of the 'authority' to create ESM and OMT, challenged in those cases. The national courts have stressed the EU order to evaluate the balance between state and supranational powers. In particular, the Federal Constitutional Court of Germany (GFCC) proposed a vision of the Economic and Monetary Union based on a traditional view of the Treaties.[8] The Court of Justice had to interpret the instruments using a teleological approach, i.e., to define the competences by looking at the objectives. This is particularly problematic in the paragraphs in which the Court of Justice faces the challenges to Articles 125 and 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The Court was quite assertive in detecting several features of the instruments that assure compliance with the ultimate objectives of those provisions. This was one of the major critiques of *Gauweiler* by the GFCC in the judgement ending the OMT saga.

The goal of this paper is to stress the interactions between political theory and judicial reasoning emerging in the Court of Justice's decisions about ESM and OMT. The interest in such an analysis is testified by the reflections on these interactions both in the *Ledra* case [9] and in the judgement of the German Federal

Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference, in *European Constitutional Law Review,* vol. 10, 2014, p. 307. Instead, the focus is upon the *Pringle* case in P. Koutrakos, *Political Choices and Europe's Judges*, in *European Law Review* vol. 38, 2013, p. 291. The topic of the possible reactions of the GFCC to the position taken by the CJEU in *Gauweiler* were analysed considering the outcomes for the EU order in F. Fabbrini, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German LJ*, vol. 16, 2016, p. 1024.

[8] S. Dahan, O. Fuchs and M. Layus, *Whatever it Takes? Regarding the OMT Ruling of the German Federal Constitutional Court*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 18, 2015, p. 137. Faraguna, in a similar way, noted that the conflicts are determined by the way in which the economy became law and it affects the division of powers and competences in the Eurozone, see P. Faraguna, *La saga OMT: il diritto all'ultima parola tra Corte di Giustizia e tribunali costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale,* vol. 1, 2017, p. 568-569.

[9] Joined Cases C-8/15 to C-10/15 P *Ledra Advertising Ltd and Others v European Commission and European Central Bank (ECB)* [2016]; see also Joined

Constitutional Court concluding the *Gauweiler* saga.[10] This research aims at using political theory to understand what the Court of Justice seems to be doing when it evaluates the compatibility of the instruments to the Treaties. The Court has only partially expressed in its reasoning the background of this new – at least for some aspects – approach to the EMU's economic constitution; this has contributed to the definition of the conclusions of these judgements as problematic.[11] To better understand the reasoning, it may be worthwhile to consider a general perspective to answer the following questions: How the cases of the CJEU could be read according to the perspective of the fiscal federalism theory? Which are the plausible implications of this approach on legal ground?[12]

One of the objectives of this analysis is to offer a different perspective to the debate about the use of textual and teleological interpretations by the Court of Justice that started after the Pringle case.[13] While all the authors have admitted the existence of this plurality of interpretative approaches, they have mainly disputed the evaluation of it; G. Beck particularly criticised the Court of Justice,

---

Cases C-105/15 P to C-109/15 P *Konstantinos Mallis and Others v European Commission and European Central Bank (ECB)* [2016].

[10] 2 BvR 2728/13, 21 June 2016. For the central role of the legal reasoning in helping to understand the main features of EU law, see J. Bengoetzea, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice: Towards a European Jurisprudence,* Oxford University Press, 1993.

[11] Also, P. Craig, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, 2013, p. 3 ss, considered the way in which the conclusions were drawn in *Pringle* to be highly problematic, particularly the interpretation of Article 125.

[12] For an overview of the fiscal federalism concept in the comparative analysis to which I refer in this analysis, see G. Anderson, *Fiscal Federalism: A Comparative Introduction,* Oxford University Press, 2010, 1-9.

[13] The dispute started with the detection of these approaches by P. Craig, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 20, 2013, p. 3 ss.; see also P. Koutrakos, *Political Choices and Europe's Judges,* in *European Law Review,* vol. 38(3), 2013, p. 291. For an overview of the role of teleological interpretation in the interplay between courts and other actors, see M.P. Maduro, *Interpreting European Law - Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 1, 2.

because in adopting a teleological approach, it crossed the line between legal reasoning and political judgement.[14] P. Craig's analysis instead aimed at diminishing the concern about the Court's interpretative approach, clarifying that there is always a combination of textual argumentation and the underlying teleological assumptions or objectives in judicial reasoning.[15] The Court decides to pay more attention to the teleological aspect when a textual analysis is not sufficient to legitimise the desired conclusion.[16] This particularly occurred in Pringle: The Court of Justice, to save the ESM, had to adopt a teleological approach to treaties, and particularly, to the no-bailout provisions.[17] The main outcome of this teleological approach was the emergence of a new principle underlying the economic constitution of the Economic and Monetary Union, i.e., the stability of the Eurozone as a whole.[18] The same dichotomy is evident in the Court's reasoning in Gauweiler, particularly in the interpretation of Article 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Particularly, the GFCC and the Court of Justice used the Pringle precedent in different ways, evaluating the objectives of

[14] This author particularly assessed that the Court's reasoning failed to legitimise the individuation of the objectives of the Treaty's norms and proposed a different – and in this author's view, more legally based – interpretation of the objectives of the articles. See G. Beck, *The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis– the Flexibility of the Cumulative Approach and the Pringle Case*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 20, 2013, p. 648.

[15] P. Craig, *Pringle and the Nature of Legal Reasoning,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 21, 2014, p. 205. In the view of this author, the distinction between legal and teleological reasoning, which looks at the former as based on the interpretation of the texts of the norms and the latter at their objectives, must be significantly nuanced. There are three major ways of shaping those approaches, semantically, to define the scope of a body of law and to interpret constitutional norms, see ibid 203-212.

[16] This is something that the CJEU has also done in past, looking for examples of the objectives of an entire category or body of law, such as the economic and social ones in gender discrimination legislation, see eg, Case 43/75 *Defrenne v Sabena* [1975] ECR 455; Case C–50/96 *Deutsche Telekom v Schröder* [2000] ECR I–743.

[17] P. Craig, *Pringle and the Nature of Legal Reasoning,* cit., p. 220.

[18] The role of this new principle in modifying the economic constitution of the EMU was analysed in-depth by K. Tuori and K- Tuori, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, 2014, p. 119-136.

OMTs. The GFCC looked only at the immediate and textual objectives and found a violation of the Treaty's provisions. Thus, it proposed a reading that reflected a conservative view of the main *telos* of the Maastricht compromise. The Court of Justice instead also looked at the indirect and ultimate objectives, i.e., saving the programme on teleological grounds.[19] The divergent approaches adopted by those Courts seems confirmed by an examination of the judgement by the Federal Constitutional Court ending the OMT saga and by the recent referral regarding the Quantitative Easing.

My claim is that the ESM and the OMT have had a remarkable impact upon the fiscal balance in the Economic and Monetary Union that could be understood using the perspective offered by the theory of fiscal federalism. As this paper should indicate, on theoretical ground, multilevel systems are generally defined by peculiar incentives that are aimed at motivating actors to adopt disciplined behaviour. This could be particularly helpful to highlight how each aspect of the new instruments introduced in the Eurozone should be evaluated, based on the objective of financial stability. The incentive structure of fiscal federalism theory seems to be particularly useful in understanding the reasoning of the Court of Justice when it adopts an approach that is strongly influenced by a teleological perspective. The importance of such an aspect is particularly evident if we consider that the legal validity of the instruments relies on an evaluation of the kinds of behaviour by the actors that could result from them. As a consequence, the Court has defined several aspects of the Economic and Monetary Union that also have an implied value for the fiscal federalism system.

[19] This was particularly emphasised by V. Borger, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB: Gauweiler,* in *Common Market Law Rev,* vol. 53, 2016, p. 175. The peculiarity of both cases is that the CJEU found the goals of Articles 123 and 125 by looking at *travaux préparatoires:* to submit a state's budget policy to market logic when entering into debt. For an overview of the historical interpretation of the CJEU, see K. Lenaerts and J.A. Gutiérrez-Fons, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice,* in *CJEL,* vol. 20, 2013, p. 23-31.

The view of fiscal federalism is introduced in paragraph 2, particularly focusing on the works of J. Rodden.[20] I selected this author for the utility of the analysis of the main troubles that arise in fiscal federal systems in order to understand the evolution in the Economic and Monetary Union that emerged in these judgements. The paragraph briefly discusses the relevant aspects of J. Rodden's theory on fiscal federalism, focusing on two aspects: the perils of this kind of system and the kinds of incentives that could be adopted to resolve them. In paragraph 3, I recount the challenges and the structure of the system of incentives in the Eurozone. The following paragraph is focused on the reconstruction of the Pringle and Gauweiler cases; the main intent is to correctly individuate the focus of my research by highlighting the similar issues that the Court faced in interpreting Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in the two judgements. I will then test the contribution of fiscal federalism theory in interpreting the Court's reasoning in paragraph 5 by showing how evaluations of the features of the programmes made in the judgements could be considered according to the theoretical frame. The new frame of incentives is tested by an examination of *Ledra Adv.* in paragraph 7. Afterward, the analysis of the judgement of the GFCC ending the OMT saga and the QE referral will help to show how far the divergence between national and supranational Courts is determined by the different interpretative approach to the Eurozone evolution and the role played by conditions and features of the instruments challenged in this process. The last paragraph will summarise the questions and draw conclusions from this analysis.

[20] I make particular reference to J. Rodden, *Hamilton's Paradox. The Promise and Peril of Fiscal Federalism*, Cambridge University Press, 2006. The author also analysed this topic in several other works, see J. Rodden and E. Wibbels, *Fiscal Decentralization and the Business Cycle: An Empirical Study of Seven Federations,* in *Economics and Politics*, vol. 22, 2010, p. 67; J. Rodden, *The Political Economy of Federalism,* in B. Weingast and D. Wittman (eds), *Oxford Handbook of Political Economy*, Oxford University Press, 2006, p. 357; J. Rodden, *Market Disciple and U.S. Federalism,* in P. Conti-Brown and D.A. Skeel, Jr. (eds), *When States Go Broke: The Origins, Context, and Solutions for the American States in Fiscal Crisis*, Cambridge University Press, 2012, p. 123.

2. *Perils of Fiscal Federalism: Theoretical Frame*

In political studies, there has been controversy about the applicability of fiscal federalism theories at the EU level. Generally, those doubts date back before the financial crisis and before the reform process implemented through the Six Pack, the Two Pack and the introduction of Assistance Mechanisms. The same author that this article mainly uses to highlight the perils of fiscal federalism raised some doubts about the applicability in the EU of this theory in his conclusions.[21] However, the new legal framework, recent studies and the judiciary's approach all seem to overcome those doubts.[22]

In this paper, I will not address on theoretical ground the issue of the applicability of fiscal federalism theories to the Eurozone but I will rather try to highlight how far the use of that perspective could be helpful in providing in-depth explanations to the interactions between the new instruments adopted amidst the crisis and the provisions of the Treaties. The aim is not to solve – once and for all - the issue of the applicability of fiscal federalism theories to the Eurozone but to show that *de facto* it operates according to similar logic. This perspective will help to show in a different light also the different interpretative outcomes of the reasoning of the CJEU and the GFCC, as reflective of diversified evaluations of pre-legal principles ruling the Eurozone

2.1. An overlook on theory of fiscal federalism and its perils

The more widely accepted model of fiscal federalism was summarised in W. Oates's book, *Fiscal Federalism*[23], which proposed a division of activities according to each one's level of externalities. The *ratio* of the distribution of powers is the so-called the

[21] See J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 278-279.

[22] As an example, see C.R. Henning and M. Kessler, *Fiscal Federalism: US History for Architects of Europe's Fiscal Union,* in Peterson Institute *Working Paper Series,* WP 12-1, 2012.

[23] W.E. Oates, *Fiscal Federalism,* E Elgar Pub., 1972.

"decentralization theorem", which aims to keep the decision process as local as possible, i.e. to internalise externalities at the smallest level of government possible to achieve better accountability.[24] This kind of model primarily faces the problem of a trade-off between inter-jurisdictional and intra-jurisdictional efficiency, which can be summarised as follows: A larger jurisdiction diminishes spill-overs, but it increases the misallocation of resources within the same.[25] As pointed out by R.P. Inman and D.L. Rubinfeld, when facing economic shocks, this issue raises questions about the efficiency of the member states' fiscal policies in offsetting local economic shocks and the desirability of this level of management; further, it raises questions about the kind of central government policies that should be preferred.[26] The lessons those authors took from the U.S. example were very predictive of the struggle of the Economic and Monetary Union in the recent crisis. According to them, some level of inefficiency is inevitable in systems in which the member states have some form of control over their fiscal affairs: Particularly in the EU, the centralised monetary policy requires some form of fiscal policy to face state-specific economic crises.[27]

In this paper, I will refer mainly to the perils of the theory of fiscal federalism, as proposed by J. Rodden. According to this author,

---

[24] W.E. Oates, *Fiscal Federalism,* cit., p. 130. The centralised level should regulate public activities distinguished by significant externalities involving a spatially dispersed population. The local government should control activities with limited or absent spillovers.

[25] See J.M. Quigley and D.L. Rubinfeld, *Federalism as a Device for Reducing the Budget,* in A.J. Auerbach (ed), *Fiscal Policy. Lessons from Economic Research,* MIT Press, 1997. The authors also emphasised the role of spillover effects in compromising the efficiency of the Tiebout model. Moreover, they considered that a national consensus on the minimum levels of guaranteed rights would imply that redistributive policies should also be considered among the central powers, at least in the form of minimum standards that leave some degree of local choice to the subnational levels in order to adapt them to jurisdictional preferences.

[26] R.P. Inman and D.L. Rubinfeld, *Fiscal Federalism in Europe. Lessons from the United States Experience*, in *European Economic Review,* vol. 36, 1992, p. 654.

[27] R.P. Inman and D.L. Rubinfeld, *Fiscal Federalism in Europe,* cit., p. 659-660. For an overview of the main issues and features of US fiscal federalism and several proposals to achieve better behaviour, see D.A. Super, *Rethinking Fiscal Federalism,* in *Harvard Law Review,* vol. 110, 2005, p. 2544.

many federal systems have a widespread problem with fiscal indiscipline that is related to the behaviour of the subnational governments: They adopt excessive deficit spending policies and attempt to shift the costs to the central government or to other autonomies.[28] However, there are also cases in which the state and local governments have adopted sound budgetary policies.[29] The central issue is whether the incentive structures are properly organised: They must act as safeguards against widespread opportunism.[30]

For the purposes of this paper, I summarise this approach by highlighting three major perils that systems of fiscal federalism must face: (1) misleading information about no-bailout commitments; (2) fiscal transfers and their effects on the budgetary behaviour of subnational governments; and their (3) distortive use of borrowing autonomy. Afterwards, I sum up the incentives according to their market and legal rationales.

In order to evaluate how these incentives work, Rodden proposed a "bailout game" that takes the behaviours of central and subnational governments into consideration.[31] Basically, Rodden showed that a financial crisis evolves through several steps in which

---

[28] See J. Rodden, G.S. Eskeland and. J. Litvack (eds), *Fiscal Decentralization and the Challenge of Hard Budget Constraints*, MIT Press, 2003, in which the cases of India, Nigeria, Russia and South Africa are proposed as the main examples of these troubles.

[29] J. Rodden, *Hamilton's Paradox,* cit., p. 3 proposed as examples the cases of the United States and Switzerland. It is worth noting that the Great Recession hardly tested the finances of some states in the U.S., and it evidenced a number of weaknesses in their financial constitutions, see M. Iannella, *'U.S. States' Fiscal Constraints and Effects on Budget Policies,* 8 in *Perspectives on Federalism,* vol. 8, 2016. To evaluate the kind of behaviour the central government would have, an element that is central in many analyses is the size of the jurisdiction: The bigger it is, the easier the access to bailouts for externality costs would be. These are the conclusions of D. Wildasin, *Externalities and Bailouts: Hard and Soft Budget Constraints in Intergovernmental Fiscal Relations,* in *World Bank Policy Research Working Paper,* 1997.

[30] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 5-6.

[31] D. Wildasin, *Externalities and Bailouts,* cit.; R. Inman, *Local Fiscal Discipline in U.S. Federalism,* in J. Rodden, G.S. Eskeland and. J. Litvack (eds), *Fiscal Decentralization and the Challenge of Hard Budget Constraints*, cit., p. 35-84.

the subnational governments act; these steps are primarily based on the expected reactions of the superior level. The more credible the commitment to no-bailout, the more likely a subnational government will opt for the early-adjustment option: considering that subnational governments prefer to avoid taking charge of adjustment costs – for electoral reasons – and that they consider a correction paid by other jurisdictions' citizens to be the best option. However, the central government could also find some advantages in an early bailout, instead of risking a default or being induced into a later one. The problems emerge because of a lack of information or misleading deficit information: The state government, without knowing the resolute or irresolute nature of the central government to its no-bailout commitment, could act in a way that will lead to one of the worst outcomes, i.e. late adjustment, late bailout or even default.[32] This could be considered to be the first major peril of fiscal federalism: The incentives should provide the information necessary to ascertain the predictable behaviour of the actors.

Rodden also focused on the link between the intergovernmental fiscal systems and the credibility of a no-bailout commitment. To explain this aspect, the connection between intergovernmental grants and fiscal illusion must be highlighted: When policies are financed using that kind of funding, they seem to be paid by non-residents, thus leading to an increase in local expenditure.[33] The subnational governments have little incentive to adopt sound budgetary policies, and they could adopt irresponsible behaviours for several reasons: (1) electoral expectations in linked systems look to the central government to resolve a crisis; (2) the subnational governments are

[32] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 48-55. To confirm his theoretical reconstruction, the author applied this game to the financial crisis that occurred in the U.S. in the 1840s and to the behaviour of the actors in that situation. False expectations led several states to default, see B.U. Ratchford, *American State Debts*, Duke University Press, 1941.

[33] W. Oates, *On the Nature and Measurement of Fiscal Illusion: A Survey,* in W. Oates (ed), *Studies in Fiscal Federalism*, Edward Elgar, 1991, p. 431-448. This kind of effect, which leads to an increase in total expenditures, considering that the local autonomies do not diminish their tax levels, was called the "flypaper effect" by J. Hines and R. Thaler, *The Flypaper Effect*, in *Journal of Economic Perspectives,* vol. 9, 1995, p. 217.

confronted with the problem of a lack of flexibility in handling their budgets (hence, this increases the problems involved in facing a fiscal crisis, and in addition, it can be used as an excuse to invoke federal intervention); [34] and (3) there is strong political pressure by bondholders, banks and interested people on the central government to intervene. [35] This helps to reveal the second peril of fiscal federalism: Unlimited and unconditioned intergovernmental grants could lead to fiscal irresponsibility.

This occurs, in particular, if a high vertical imbalance is combined with borrowing autonomy in the subnational governments: The higher the connections between governments, the more the actors have expectations about some form of bailout. There are increasing externalities that make a central government guarantee credible. [36] Moreover, the markets could consider the central government as an implicit guarantor of the indebtedness of subnational governments. This perception could modify the borrowing conditions: Rating agencies also consider the intergovernmental links as a way of assessing the credibility of a debt discharge. This could distort fiscal behaviour, with particular reference to the appreciation of market-financed deficits by subnational governments. [37] Consequently, the third peril could be summarised as the adaption of the borrowing autonomy of subnational states to intergovernmental connections: The loans do not follow market financing logic, but instead evaluate lower interest rates and an implicit guarantor role to promote deficit-financed budgets. [38]

---

[34] This connection was first noted by A. Hamilton, *The Federalist nr. 16, The Same Subject Continued: The Insufficiency of the Present Confederation to Preserve the Union,* in A Hamilton, J. Madison and J. Jay, *The Federalist: A Commentary on the Constitution of the United States*, New York ,1961.

[35] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 75-80.

[36] Some studies have argued that in federal systems, the more remarkable the vertical imbalance, the more rational the bailout expectations are, see D. Wildasin, *Externalities and Bailouts,* cit.

[37] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 80-94.

[38] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 116-117.

2.2. Theoretical solutions: The systems of incentives

Federal systems face these perils in very different ways. Theoretically, there are two stable positions, and in addition, there is one that is actually more realistic. There are two main ways to induce sound budgetary policies: through the market or through rules. Hence, subnational governments could have a strong interest in adopting sound budgetary policies if investors and bondholders view them as sovereign. This implies that vertical imbalance is low, that the no-bailout commitment is credible and that the voters, together with the creditors, pressure governors to implement sound budgetary policies. On the contrary, it is possible to consider a system in which the rules prevent deficit-financed budgets: This mainly happens through the elimination of the borrowing autonomy of subnational governments and direct vertical intervention in their spending decisions. In this case, the central government imposes fiscal restraint through its legislative powers.[39]

However, federal systems generally do not adopt either of these two extreme solutions: They mainly rely upon so-called "semi-sovereignty" options.[40] In this system, subnational governments have some kinds of borrowing autonomy, and in addition, there are some kinds of vertical imbalances. On the one hand, the central government

[39] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 94-103. In the following analysis, I will refer to the first as "market-based" and to the second as "rule-based" systems of incentives.

[40] J Rodden affirmed that, while rare, some examples of fiscal systems with pure dual sovereignty still exist, mainly to assert his final thesis: Institutions are not central in determining fiscal behaviour, and sound budgetary policies can be determined by pure market-based reasoning if the game is not manipulated by semi-sovereignty frameworks. See J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 251-268. While it is not the central topic of this paper, it is worth noting that one of the same examples proposed by the author, the U.S., has been recently described in critical terms because it has experimented with forms of implicit bailouts, see M.S. Greve, *Our Federalism Is Not Europe's. It's Becoming Argentina's,* in Duke J Cons L & Pub Pol'y, vol. 7, 2011-2012. Moreover, several studies have also questioned the realistic portrait of the dual sovereignty model in fiscal federalism on theoretical grounds, see mainly D.A. Super, *Rethinking Fiscal Federalism*, cit., p. 2544.

faces problems in keeping no-bailout commitments because of externality costs. On the other hand, when it has to intervene in state budgetary decisions, it faces the legal problem of competence.[41] Therefore, in order to avoid fiscal indiscipline, federal systems have had to adopt some combination of market and legal incentives: Also, when the central government has a constitutional right to vertical intervention, it has to introduce some kind of regulative limitation on its own interference to avoid the aforementioned risks. The rules adopted must propose one of these two kinds of incentives to avoid opportunistic behaviours.

3. The System of Incentives in the Eurozone.

In Pringle and Gauweiler and, particularly, in the aspects of the decisions concerning the interpretation of Articles 125 and 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the Court of Justice had to similarly define the compatibility with rules in light of the political incentive that the ESM and the OMT can generate. To understand why the Court proposed this kind of approach, it may be useful to clarify how the challenged instruments modified the theoretical background of this sector. Traditionally, those articles have been considered as part of the 'ordoliberal' approach that provided the theoretical background of the constitution of the Economic and Monetary Union.[42] As discussed below, in several respects, the

[41] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 270-272.

[42] K. Tuori and K- Tuori, *The Eurozone* Crisis, cit., p. 27-35. The authors performed an in-depth analysis of the influence of ordoliberal economists on the EMU economic constitution, and they described the Maastricht Treaty as a compromise in which Articles 123 and 125 of the TFEU (as numbered after the Lisbon Treaty) must fight fiscal profligacy and assure monetary stability. The ECB was considered as a counter-majoritarian institution to better assure monetary stability and division in economic policies that were ruled by majoritarian and democratic institutions in each state, see O. Issing, *Central Bank Independence and Monetary Stability,* Institute of Economic Affairs, 1993. Also Ioannidis assumed that the measures adopted to face the Eurocrisis provoked a constitutional transformation in the Eurozone, partially substituting market discipline with bureaucratic discipline: it is a similar approach to the one proposed in this paper,

reference of the Federal Constitutional Court of Germany in Gauweiler proposed a reading of Article 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union that was fully consistent with such an approach.[43]

Returning to fiscal federalism theory, the original framework of the Eurozone could be considered as very close to a fiscal federal system, which could be viewed as market-based with respect to the incentives that assure sound budgetary policies.[44] The main rules of the economic policies were primarily intended to limit public actions and to allow market incentives to work. The system aims to provide clear information about bailouts; Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union forbids them, so the actors should not seriously question the commitment because they had clear

---

that focuses instead on the theoretical assumptions of this evolution that could be detected analysing the system of incentives and the theory of fiscal federalism. See M. Ioannidis, *Europe's New Transformations: How the Economic Constitution Changed During the Eurozone Crisis,* in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 1237-1282. Faraguna noted that the original "stability paradigm" of Maastricht was founded on the role of market to monitor and check the economic policies of States: that paradigm entered in crisis in the economic downturn and it had to be reconsidered, see P. Faraguna, *La saga OMT*, cit., p. 569 – 573. A. Hinarejos considered that the European Union will face a choice between a "surveillance model" and a "classic federalism model" that are partially reflective of the two kinds of instruments of regulation ("market-based" and "rule-based" incentives) described in this paragraph, see A. Hinarejos, *Fiscal Federalism in The European Union: Evolution and Future Choices for Emu,* in *Common Market Law Review,* vol. 50, 2013, p. 1621–1642. However, both the theoretical reconstruction and the analysis of the cases provided in this paper show that instead of a choice between those two model, the goal is to find a proper balance of the two of them

[43] The reference of the GFCC regarding the OMT was described in such a way in several paragraphs of A. Hinarejos*, The Euro Crisis in Constitutional Perspective*, Oxford University Press, 2015, p. 22-23, 129-131, 149-151; see also V. Borger, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB*, cit., p. 169-175.

[44] In a similar way, D. Adamski considered Articles 123 and 125 TFEU as constitutional safety valves introduced in the Treaty to replicate the German pattern of macroeconomic policy based on price stability. According to Adamski, these valves were removed by the new disciplining mechanism, which is the same issue that this paper tries to resolve according to the fiscal federalism theory, see D. Adamski, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling,* in *Common Market Law Review,* vol. 52, 2015, p. 1486-1487.

information (remember the first peril in paragraph 2). The separation between monetary and economic policies and the autonomy of the European System of Central Banks and the European Central Bank in the former were key elements for defining a system with very low vertical imbalance. Economic policies were only coordinated at the supranational level and were partially limited by the Stability and Growth Pact; monetary policy could not be a factor in determining national agendas, because it was conducted by an independent institution with a pre-ordered objective, i.e., price stability. Those features of the Eurozone fiscal construction should avoid any kind of implied responsibility of the supranational level for states' fiscal policies and prevent adaptive behaviours aimed at transferring costs to other jurisdictions (the second peril in paragraph 2). Lastly, Articles 125 and 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union worked together to avoid adaptive borrowing strategies; neither other governments nor monetary institutions should interfere with the market evaluations of states' bonds.[45]

The assumption of a market-based Economic and Monetary Union proved ineffective in the last crisis.[46] This led to the introduction of new instruments, including ESM and OMT, that are paramount of a new balance of incentives within the Eurozone fiscal construction. After the crisis, two of the main pillars previously discussed were seriously questioned. The no-bailout commitment was substantially eroded by the development of the assistance plan. In my view, the European Central Bank's intervention to help refinance state debts in secondary markets could seriously undermine the credibility of independent borrowing strategies by the state actors. The system of pure market logic has seen its two main legal anchorages, Articles 123

[45] This element defines what was called the stability paradigm of EMU, which is based on the assumption that overall stability can be reached, granting price stability and allowing market incentives to work, see M.J. Herdegen, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom,* in *Common Market Law Review,* vol. 35, 1999, p. 9

[46] This has been considered to be a bad equilibrium which is unable to avoid the risks of sovereign default; as an example, see P. De Grauwe and Y. Ji, *Self-fulfilling Crises in the Eurozone: An Empirical Test,* in *CEPS Working Document*, No 367, June 2012, available at <www.ceps.be>, accessed 7 November 2016.

and 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union, weakened. Moreover, it failed to meet the original assumption that assuring price stability at the central level and merely coordinating the states' economic policies would be an effective way to assure stability in the Eurozone. The intermediate goal of the aforementioned articles proved to be insufficient to guarantee the ultimate objective, i.e., financial stability. The ESM and the OMT – and the legal challenges asserted against them – testify to the struggle between the intermediate and final objectives of fiscal federalism's legal anchorage. The core of the issue is that those instruments have eroded market incentives, and to compensate, the system had to create a balance with an increase in legal incentives, i.e., the features that measures and conditions thereby contained.

4. *Judgments at Stake*

4.1. *The Pringle Case*

This article focuses mainly on the parts of *Pringle* and *Gauweiler* that present a similar teleological approach. However, in order to make it clear how this topic is connected with the other aspects of the judgements, an overview of both cases is necessary. The questions referred by the Supreme Court of Ireland in the Pringle case concern the validity of Decision 2011/199/EU, which modified Article 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union and the interpretation of EU norms, to evaluate whether they allow the ratification of the Treaty Establishing the European Stability Mechanism by a member state.[47] The questions required an analysis of the perimeters of the competence of the European Union concerning monetary policy and the coordination of economic policy.[48] The Court

[47] *Pringle*, §§ 24-28.

[48] In fact, the simplified revision procedure under Article 48 TEU adopted to modify Article 136 of the TFEU is admissible only for part III of it and if it does not extend the competence of the EU. As a consequence of its formal intergovernmental nature, the ESM Treaty is also admissible only if it does not touch the EU's exclusive competences, such as that regarding monetary policy. The problem is

of Justice initially had to define the first area, as it implies an exclusive competence of the EU: In doing so, the Court faced the absence of a textual definition in the Treaty on the Functioning of the European Union.[49] As a consequence, the boundaries of monetary policy also had to be determined by looking at its objectives and not only by examining the tools admitted by the Treaties.[50] On this ground, the Court distinguished between the stability of prices and the stability of the Eurozone as a whole: The first objective marks the perimeter of monetary policy. Instead, actions that try to reach the second should not be considered as falling in that sector. As a consequence, *"[t]he grant of financial assistance to a Member State however clearly does not fall within monetary policy"* [51], because it pursues a different goal. Moreover, it is strictly linked to the overall reform process of the economic governance of the EU, which has been aimed at addressing the consequences of the financial crisis as a tool for completing the preventive measures thereby provided with a successive mechanism.[52] A financial assistance mechanism falls into the coordination of economic policy competence. The EU does not have exclusive power in this sector, and consequently, it is possible for a state to adopt this kind of instrument if there is no violation of the relevant Treaty articles that define this sector.[53]

Regarding the specific analysis of the questions raised by the Treaty Establishing the European Stability Mechanism, the Court specified some other points. The intent was to assess the distinction

---

mainly with the indirect influence of the amendment of Article 136 TFEU on other primary law provisions, see B. de Witte and T. Beukers, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism*, cit., p. 827-828.

[49] *Pringle*, § 53.

[50] This is not the position proposed in the View of the Adv. Gen. Kokott (paragraph 82), which focused on the task of the European System of Central Banks to describe the scope of monetary policy. For an analysis of the different approaches taken by the Court and the Adv. Gen., see B. de Witte and T. Beukers, *The Court of Justice Approves the Creation of the European Stability Mechanism*, cit., p. 830-831.

[51] *Pringle*, § 56-57. P. Craig, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, cit., p. 215-216 shows both the insufficiency of textual analysis and the role that teleological interpretation has in determining this evaluation.

[52] *Pringle*, § 58-63.

[53] *Pringle*. § 64-76.

between the role of the financing mechanism and the power to coordinate economic policy as it stems from Articles 2.3, 119-121 and 126 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The core of the Court's reasoning is the interpretation of the conditionality provided in the European Stability Mechanism: The Court of Justice looks favourably at those rules, considering them as a way to guarantee compliance with Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union and with the coordinating measures adopted by the Union.[54] Moreover, they do not clash with the excessive deficit procedure in light of the explicit clause of conformity in Article 13.3 of the Treaty Establishing the European Stability Mechanism.[55]

The key point for my topic is the interpretation of the no-bailout clause as provided by Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The Court of Justice engaged, first, in a systematic interpretation of this provision by looking at it in conjunction with the other articles of the Treaty on the Functioning of the European Union addressing economic policy, and in particular, Articles 122 and 123. The interpretation of those articles is drawn after a historical analysis that shows the *telos* of those provisions. The first conclusion that can be drawn is that "*the aim of Article 125 TFEU is to ensure that the Member States follow a sound budgetary policy*".[56] The scope of that norm is even more specific: The restraint on the possibility for a state to take charge of the financial obligations of another has the objective of guaranteeing that each member state will comply with market logic when it enters into debt. The restriction is a way of coercing the adoption of that logic. For its part, a market-based approach must be considered as a way to induce a state into sound budgetary policies. This led the Court to clarify the higher objective of the norm: "maintaining the financial stability of the monetary union".[57] The Court's interpretation links the literal

[54] *Pringle*, §§ 111-112, particularly the evaluation of the provision at Art 13.3 of the ESM Treaty.

[55] *Pringle*, § 113.

[56] *Pringle*, § 13.

[57] *Pringle*, § 135. P. Craig, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, cit., p. 217-220 showed that the main scope of this article is to offer an

restriction to its higher purpose. On this ground, the ban itself is redefined from the perspective of its objectives: Financial assistance is outlawed when it could compromise the main goal the norm is intended to guarantee, i.e. financial stability. This is the core of our topic: The Court defined the objectives and the perimeter of the restriction, and then applied this test of admissibility to the European Stability Mechanism. The assistance mechanism was considered to be in line with EU law because it implements the same goals as those of Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union, as shown by the limits and conditions thereby provided.[58]

4.2. *The Gauweiler Case*

In Gauweiler, the Federal Constitutional Court of Germany challenged the Outright Monetary Transactions programme adopted by the Directive Council of the European Central Bank[59] on two major grounds: (1) whether the Directive Council had the authority to adopt the measure or whether it was an interference with member states' competences;[60] (2) whether the measure was compatible with the

exchange: It gives fiscal autonomy, but it demands fiscal responsibility. Moreover, the author noted that it is mainly only on the ground of teleological interpretation that it is possible to save the ESM from the restraints of Article 125. This is the main confirmation of the aforementioned use of a textual and teleological approach in the Court's reasoning.

[58] *Pringle*, §§ 136-147.

[59] For an analysis of the goals and means of the OMT programme, see . Adamski, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling,* cit., p. 1453.

[60] The question arose in the consideration of Article 119 TFEU and Article 127(1) and (2) TFEU and Articles 17 to 24 of the Protocol on the ESCB and the ECB as conflicting norms. See *Gauweiler*, § 10. The GFCC refers mainly to two doctrines: the ability to disapply acts of the EU that are manifestly in violation of competences and the ability to disapply acts that upset the fundamental features of the political and constitutional structures of the member state. The *ultra vires* review was originally proposed in *Maastricht-Urteil* (BVerfGE 89, 155 vom 12. October 1993, Az: 2 BvR 2134, 2159/92) and more recently proposed in Case 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, 6 July 2010, para 61; see C. Möllers, *German Federal Constitutional Court: Constitutional Ultra Vires Review of European Acts Only under Exceptional*

prohibition of monetary financing under Article 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union. First, the Court considered how broad the scope of the powers of the European System of Central Banks and the European Central Bank were. In their implementation of monetary policy, those institutions must act within the limits of the powers conferred upon them by primary law, and their acts are subject to review by the Court.[61] However, a broad discretion was recognised: "Within that framework, it is for the ESCB, pursuant to Article 127(2) TFEU, to define and implement that policy", [62] particularly within the application of the principle of proportionality.[63] It followed that the independence recognised for the banking system in the Euro system also encompasses the authority to determine the appropriate tools to reach the fixed objectives on its own in the perimeter of primary law.[64] This discretion is particularly relevant, especially because the Treaties determine the objectives and the instruments of monetary policy that are available to the European

Circumstances, in *EuConst,* vol. 7, 2011, p. 161. On *identity review*, see Case 2 BvE 2/08, *Lisbon*, 30 June 2009, para 240; L.F.M. Besselink, *National and Constitutional Identity Before and After Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, vol. 6, 2010, p. 36. *Ultra vires* review is also a concept of EU law that is similar to the German concept, see P. Craig, *The CJEU and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis,* in *Common Market Law Review,* vol. 48, 2011, p. 395.

[61] *Gauweiler*, § 41.

[62] *Gauweiler*, § 37. The discretion for European institutions in matters involving complex assessments of an economic and social nature is proper in the case law of the CJEU, see, for example, Case C-667/13, *Estado Português v Banco Privado Português* [2015] EU:C:2015:151, para 67 and the case law cited therein.

[63] *Gauweiler*, § 68ff.

[64] *Gauweiler*, § 40. The issue of central bank independence was considered to be the "hidden concept" behind the reasoning of the Court according to S. Baroncelli, *The Gauweiler Judgment in View of the Case Law of the European Court of Justice on European Central Bank Independence,* in *Maastricht Journal of European and Comparative Law,* vol. 23, 2016, p. 79. On the plurality of aspects – institutional, financial, organisational and functional – that define the features of the independence of the ECB, see F. Amtenbrink, *Economic, Monetary and Social Policy*, in P.J.G. Kapteyn, A. McDonnell, K. Mortelmans and C.W.A. Timmermans (eds) *The Law of the European Union and the European Communities,* Kluwer Law International 2008, p. 951-956.

System of Central Banks, without defining what a monetary policy is intended to be.[65]

As a consequence, in order to determine whether the measure addressed monetary policy or not, the Court was required to consider two aspects: its objectives and the instruments adopted to achieve them. The purposes of Outright Monetary Transactions, i.e. safeguarding the singleness of monetary policy and an effective mechanism for its transmission, fall within the scope of the powers conferred to the European System of Central Banks. Moreover, the instruments adopted were considered to be legitimate in light of primary law.[66] Once the general frame has been clarified, attention should be paid to the relationships between monetary and economic policy in light of some specific aspects of the Outright Monetary Transactions programme. The clause of compliance with macroeconomic adjustment programmes established by the European Financial Stability Facility or the European Stability Mechanism does not change the nature of the instrument. In the Court's view, this kind of condition certainly had an impact upon economic policy, but it must be positively considered, i.e. as a way of allowing a state to respect the commitment to adopt sound budgetary policies as implemented in those programmes.[67] The programme was also validated through the use of the proportionality test: In this part of its

[65] *Gauweiler*, §§ 41-45. As in *Pringle*, the reconstruction of competences has been interpreted variously: particularly the Adv. Gen., the German Federal Constitutional Court, and the CJEU proposed non-homogenous readings of the *Pringle* precedent and its influence on this subject, see A. Hinarejos, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union,* in *European Constitutional Law Review,* vol. 11, 2015, p. 567.

[66] *Gauweiler*, § 54: "[T]he ECB and the national central banks may, in principle, operate in the financial markets by buying and selling outright marketable instruments in euro".

[67] *Gauweiler*, § 46-65. On the effects of the economic support of the OMT programme for both the Union and the states, see C. Gerner-Beuerle, E. Küçük and E. Schuster, *Law Meets Economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial*, in *German Law Journal,* vol. 15, 2014, p. 311.

reasoning, the Court clearly confirmed the discretion given to the European Central Bank in the monetary policy field.[68]

The last part of the judgement is very germane to our topic: The Court analysed the compatibility of the Outright Monetary Transactions programme with the restriction on monetary financing under Article 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union. In order to clarify the perimeters of the prohibition, the Court had to consider the objective of that rule, i.e. stimulating the member states to adopt sound budgetary policies.[69] Hence, secondary market operations – like Outright Monetary Transactions – have been considered in light of the purpose of that norm. The Court set the prism to evaluate the admissibility of the European System of Central Banks' operations very clearly: They are acceptable in so far as they do not "lessen the impetus of the Member States concerned to follow a sound budgetary policy". This kind of limitation was also viewed as a direct consequence of the mandate for the European System of Central Banks to sustain general economic policies in the EU that could be undermined by a weakening of that incentive.[70] As a result of this interpretative approach, the Court had to analyse the kind of political incentives that emerge as a consequence of the main features of the Outright Monetary Transactions programme. The political incentives became the basis for its legal validity.

[68] *Gauweiler*, §§ 66-92. T. Tridimas and N. Xanthoulis, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case*, cit., p. 30-32 noted that the Court of Justice adopted a judicial deference favouring the ECB with respect to the definition and implementation of monetary policy.

[69] *Gauweiler*, §§ 93-100. On the divergence between the objectives of the OMT in the visions of the GFCC and the CJEU, see M. Goldmann, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review,* in *German Law Journal,* vol. 15, 2014, p. 275.

[70] *Gauweiler*, § 109.

5. *The Role of Incentives as a Basis for Legitimacy*

5.1. *The system of incentives in the cases*

In my view, to understand what the Court seems to do in *Pringle* and *Gauweiler*, it is necessary to keep the evolution of the incentive systems in mind. The Court of Justice's teleological interpretation of Articles 123 and 125 and its evaluation of the main features of the challenged instruments seem to be consistent with the evolution of fiscal federalism, which was discussed above.[71] From this perspective, the main outcome of the Court's evaluation of these aspects should be considered to be the emergence of new systems of incentives, in which the legal incentives, as determined by the conditions and features of the programmes, have a pivotal role. To assess this point, it is worthwhile to engage in a thorough examination of the paragraphs of the judgements that evaluate the ESM and the OMT programme in light of Articles 125 and 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union, respectively. I will briefly discuss the Court's reasoning, and I propose an interpretation that considers the plausible perils and incentives that could be detected.

The starting point is the way in which the limits on monetary financing and bailouts have been interpreted. When the Court of Justice had to define their perimeters, it started by assessing their objective: 'to encourage the Member States to follow a sound budgetary policy'.[59] The admissibility of the instruments was considered through this prism, i.e., analysing the input they give to actors on fiscal behaviour. In the end, they were considered compatible with EU law because they did not clash with it, and in

[71] In political studies, there has been controversy about the applicability of fiscal federalism theories at the EU level. Generally, those doubts date back to before the financial crisis and before the reform process implemented through the Six Pack, the Two Pack and the introduction of Assistance Mechanisms. The same author that we mainly use to highlight the perils of fiscal federalism raised some doubts about the applicability in the EU of this theory in his conclusions, see J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 278-279. However, the new legal framework, recent studies and the judiciary's approach all seem to overcome those doubts; as an example, see C.R. Henning and M. Kessler, *Fiscal Federalism: US History for Architects of Europe's Fiscal Union,* cit.

some respects, they pursue the same objectives as Articles 123 and 125. By connecting them to the theoretical ground, it is clear that these articles were considered to be cornerstones of the incentive structure; their perimeters could not be defined only by looking at the provision; rather, they should be interpreted bearing in mind their ultimate goal, i.e., to avoid fiscal irresponsibility by the member states (which are defined as subnational governments in the theoretical frame). Therefore, when the Court interpreted the instruments, it did not only look at the meaning of the restraints and the compatibility of the actions explicitly provided, but mainly at the purposes: he instruments should prove to contain effective incentives to assure the ultimate objective.

5.2. *The role of incentives in Pringle*

The link is quite explicit in Pringle, in which the Court looked at the prohibition in Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union as a way of ensuring 'that the Member States remain subject to the logic of the market when they enter into debt, since that ought to prompt them to maintain budgetary discipline'.[60] The base of the restraint was founded upon market logic: The exigencies of refinancing debt should guarantee fiscal discipline. To assess the compatibility of the European Stability Mechanism with such instruments, the Court evaluated several aspects. First, it looked at Articles 14-18 of the Treaty Establishing the European Stability Mechanism, in which the means of intervention of the Stability Mechanism are defined. The Court pointed out that: (1) the credit lines provided by Article 14 or the form of loans set forth in Articles 15-16 in "no way implies that the ESM will assume the debts of the recipient Member State";[72] (2) there is a duty to repay with an appropriate interest rate;[73] (3) the stability support facilities provided for in Articles 17-18 are another way of granting a loan, because the European Stability Mechanism acts as a purchaser that pays the price

[72] *Pringle*, § 139.
[73] As a result of Articles 13.6 and 20 of the ESM Treaty. *Pringle*, § 139.

for bonds determined in their secondary market.[74] On the basis of this element, the Court could assess that the European Stability Mechanism would not act as a guarantor of member state debt, and that the member states will remain responsible to their creditors for their financial commitments.[75] For this reason, the Court considered that the instrument did not clash with Article 125 of the Treaty on the Functioning of the European Union: It did not undermine the sound budgetary incentives thereby provided.[76]

Subsequently, the Court looked at the conditions for European Stability Mechanism assistance in two ways: (1) those necessary for requesting the intervention of the Mechanism and (2) the measures that the assistance plan requires states to implement. With respect to the former, the discussion addressed the limits on gaining access to stability support: Article 3 of the Treaty Establishing the European Stability Mechanism restricts it only to situations in which the financial stability of the entire Eurozone is at stake. It is not a form of financing that states can request in any situation involving financial distress: At the last instance, it is not something that is directly linked to their own financial situation.[77] Moreover, it is explicitly required that stability support must be provided under strict conditionality. The Court evaluated this element by recalling the part of the reasoning that addressed the problem of the distinction between monetary and economic policy: As mentioned above, these requirements had the declared objective of guaranteeing that the member states will comply with EU measures and requests that, ultimately, are intended to ensure sound budgetary policies.

In my view, the position adopted by the Court could be better understood if one considers that, as pointed out by several authors referring both to the European Stability Mechanism and other forms

[74] *Pringle*, §§ 140-141.

[75] *Pringle*, § 138.

[76] On the CJEU's interpretation of Art 125 TFEU according to the theory of interpretation on three levels, textual, purpose and ultima ratio considerations, see V. Borger, *The ESM and the European Court's Predicament in Pringle*, in *German Law Journal,* vol. 13, 2013, p. 129-132.

[77] *Pringle*, § 142.

of assistance,[78] this kind of intervention could be considered as an implied or partial bailout in economic terms. The interpretation of the Court partially resolved the danger that the European Stability Mechanism could question the central government's resolution to maintain the no-bailout commitment by looking at the intentions and the accountability for actions according to the Mechanism. First, it is not EU assistance; rather, the states provide it between them. The states' doubts about the Mechanism's role as a debt guarantor were not legitimised because the same methods for interventions are provided by the Treaty Establishing the European Stability Mechanism, loans or credit lines. Moreover, the European Stability Mechanism leaves all market incentives in operation: In asking for its assistance, a member state should keep in mind that interest rates must be paid and that the rules of supply and demand regulate the price of its bonds. The interpretation of the Court of Justice partially reinforced the perspective that in the "bailout game", the states have clear information: They do not have an expectation of a bailout by the supranational level, at least in formal terms, because of the forms of this assistance, which are horizontal, and because of the refinancing exigencies that still exist.

However, the Stability Mechanism creates a form of intergovernmental connection that could be exploited by the member states by evaluating their borrowing autonomy. Analysing it from the perspective of the fiscal federalism theory, it appears that while formally avoiding the scope of a bailout, the assistance plan seriously questions the efficiency of the market incentives that Article 125 guarantees to assure stability. It is necessary to avoid the danger posed by a loan strategy that voluntarily leads to the intervention of the

[78] On the ESM, see V. Borger, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB*, cit., p. 189; G. Beck, The *Court of Justice, Legal Reasoning, and the Pringle Case: Law as the Continuation of Politics by Other Means*, in *European Law Review,* vol. 39, 2014, p. 243. Looking instead to comparative cases, see M.S. Greve, *Our Federalism Is Not Europe's*, cit., p. 40-42, who, also referring to assistance provided to the states through the expansion of healthcare funds, asserted that applying *effet utile* reasoning has an effect equivalent to taking over a state's financial commitments.

European Stability Mechanism, considering it to be a way to externalise debt costs to other jurisdictions.

The reasoning of the Court had the effect of introducing a new type of incentives, i.e., legal incentives, to assure the achievement of the ultimate objective. The first boundary is the limitation of access to stability support: t is an exceptional intervention, not one on which a state can rely. Moreover, it is not something that the states can pursue through their own actions, because it only partially depends on the states' financial situations and is mainly a consequence of the overall Eurozone situation. On the other hand, through the process of support, the state also cannot exploit intergovernmental transfers to adopt fiscally irresponsible measures (which represents another peril noted in the theoretical section). From this perspective, the restraint is built up by strict conditionality; to have access to external funds, it is necessary to ultimately agree on a pre-determined behaviour that will guarantee sound policies. In this case, the perils are primarily addressed by direct rule restrictions on the functioning of this form of intergovernmental transfer.

5.3. *The role of incentives in Gauweiler*

Similarly, in Gauweiler, the Court seemed to evaluate how regulative aspects could be linked to political incentives in assessing their legitimacy.[79] On a first formal level, the European System of Central Banks is authorised by the OMT programme to buy government bonds only in secondary markets, thus excluding these interventions from being considered as equivalent to measures for

[79] Similarities between *Pringle* and *Gauweiler*, and between the instruments, i.e., the ESM and the OMT, have also been noted by J.V. Louis, *The Emu After the Gauweiler Judgement and the Juncker Report*, cit., p. 56-58. The author mainly assessed that both are related to the shift from crisis prevention to crisis management in EMU governance, which was first proposed after *Pringle* by A. Van Malleghem, *Pringle: A Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution,* in *German Law Journal,* vol. 14, 2013, p. 141.

financial assistance.[80] However, in this kind of intervention, there must also be "sufficient safeguards (…) to ensure that the latter does not fall foul of the prohibition of monetary financing in Article 123(1) TFE".[81] The main concern is that this kind of provision could have an effect equivalent to that of a direct purchase of government bonds. This would be a violation of Article 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union, because it would clash with its objectives. In this case, the Court was quite explicit in recognising the danger that the member states could adapt their borrowing policies to intergovernmental construction.[82]

The Court of Justice evaluated several features of the Outright Monetary Transactions programme in order to assess the compatibility of the instrument to the Treaty provision: (1) the discretion possessed by the Governing Council of the European Central Bank in determining the initiation and the features of the intervention in secondary markets; (2) the delay between the discharge in the primary market and the possibility for the European System of Central Banks to jump into secondary markets; (3) the exclusion of any kind of early announcement about the decision to proceed to such purchases and the volume of the operation.[83] As a consequence, the states could not be reasonably certain of a successive purchase of their bonds by the European System of Central Banks, especially in light of the absence of details concerning the timeline and

[80] *Gauweiler*, § 103. Particularly critical of this evaluation, considering that the nature of the OMT should be considered to be financial assistance that could have been granted under the ESM, is D. Murswiek, *ECB, CJEU, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, in *German Law Journal,* vol. 15, 2014, p. 147.

[81] *Gauweiler*, § 102. In this case, the CJEU shared the perspective of the GFCC, ie it admitted the potential equivalent effect of the secondary market operation, but the OMT was considered admissible on substantial grounds. On this point see, A. Hinarejos, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme*, cit., p. 569-571.

[82] *Gauweiler*, § 100, which also referred to the Draft Treaty amending the Treaty establishing the European Economic Community, with a view to achieving an economic and monetary union, Bulletin of the European Communities, Supplement 2/91, 24 and 54.

[83] *Gauweiler*, § 106.

the conditions of the operation.[84] In the theoretical perspective that this article adopts, this appears to be an effective way of preventing the discharge of debt from being altered by the prospect of having a guarantee of a buyer in a second market that would play the role of an implicit guarantor.[85] The states cannot rely on this prospect, and further, they must face a market evaluation when issuing debt: Market logic incentives are still considered to be operating to avoid a modification of the indebtedness strategy.

The Court decided to go a step further: Compliance with Article 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which is interpreted also considering Articles 119.2, 127.1 and 282.2 of the same Treaty, requires the European System of Central Banks to do something more, i.e. it must avoid "lessening the impetus of the Member States concerned to follow a sound budgetary policy".[86] The Outright Monetary Transactions programme potentially clashes with such an incentive, mainly because it could be considered to be providing intergovernmental transfers. As pointed out above, in these hypotheses, we could individuate the main peril in the possibility that the states will exploit the opportunity for external sources of funding by modifying their budgetary policies. Several points of the analysis of the programme's provisions by the Court could be considered as limits or conditions that can prevent actors from evaluating financing in a way that will lead them to adopt fiscally irresponsible behaviours. The Court of Justice mainly noted that the purchase of government bonds is allowed only when it is strictly necessary to guarantee the transmission of monetary policy and for this reason alone, and it will cease after these objectives are achieved.[87] This element is particularly useful because it avoids two potential distortions that could prevent market incentives from working: that the member states could adapt their budgetary policies to an expectation of a purchase by the

[84] *Gauweiler*, § 104.
[85] *Gauweiler*, § 107.
[86] *Gauweiler*, §§ 109-111.
[87] *Gauweiler*, § 112. The CJEU's approach to the singleness concept was considered as heterodox to the traditional EU interpretation of this concept by D. Adamski, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling*, cit., p. 1473.

European System of Central Banks and that the interest rates of their bonds could be harmonised among the countries, and thus, not reflect their real financial situation. The Court explicitly recognised that the prospect of the limited, objective-focused transfer that is proposed by the Outright Monetary Transactions programme should prevent the states from adapting their budgets based on the prospect of an intergovernmental transfer.[88] The limited perimeters of the European System of Central Banks' purchases that are a consequence of the features of the programme noted by the Court are considered adequate to allow market-logic incentives to work. In adopting their budgets, the states must still try to seek financing in the market and must consider the punishment that creditors could impose in the event of macroeconomic imbalances.[89]

Moreover, the Court noted several other relevant aspects: (1) the programme is limited to the bonds of states that are part of an adjustment programme and that have access to the bond market;[90] (2) the European System of Central Banks shall retain the ability to sell the purchased bonds at any time;[91] (3) a state with a financial imbalance which is so high that it is excluded from the bond market cannot participate in the programme;[92] (4) "full compliance with the structural adjustment programmes to which the Member States concerned are subject" is required in order to have the possibility to purchase bonds.[93] Once more, the Court seemed aware of the danger of adaptive behaviour by the member states. The first two elements could diminish adaptive borrowing policies by the member states, and they are strictly connected to the aforementioned main features of the

[88] *Gauweiler*, § 113.

[89] *Gauweiler*, § 114. For an analysis of the different approaches taken by the GFCC and the CJEU in evaluating several aspects of the OMT programme, see . Borger, *Outright Monetary Transactions and the Stability Mandate of the ECB*, cit., p. 184-189.

[90] *Gauweiler*, § 116.

[91] *Gauweiler*, § 117.

[92] *Gauweiler*, § 119.

[93] *Gauweiler*, § 120. On the role of these conditions in satisfying the required elements that the GFCC retained as necessary to consider the OMT as compatible with German Constitutional Law, see D. Adamski, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling*, cit., p. 1482.

programme. Rather, aspects (3) and (4) are valuable means to prevent the member states from exploiting easy access to the credit provided through the programme in order to decrease their efforts toward fiscal consolidation. In this case, the features of programme appear to work to induce, through the input of market logic, compliance with the objective of sound budgetary policies.

The main institutional implication of the interpretation of Article 123 of the Treaty on the Functioning of the European Union is the passing of the insulation of monetary policies; the independent status of the Central Bank does not mean that it could not consider the financial implications and effects of its proposed actions, as this is part of its objectives.[94] From this perspective, the OMT programme could hardly be configured as a violation of the monetary stability target, but its effects, in terms of the economic policy objectives, are quite evident.[95]As pointed out by A. Hinarejos, overlap between monetary and economic policy are, in some measure, inevitable, and the Court's approach depended upon its view of the Economic and Monetary Union and its future.[96] The reading of Articles 123 and 125 as pillars of the incentive system of fiscal federalism, which is mainly used to achieve financial stability, could provide help in understanding what the Court of Justice seems to do in this judgement. The analysis of the conditions and features of the programme could be considered as an effective way to build up a new system of incentives, which is also characterised by elements of direct intervention in spending decisions and the curtailment of subnational autonomy, and as testifying to the introduction of rule-based incentives in the Economic and Monetary Union's fiscal federalism. It also provides help in understanding why the involvement of the European Central Bank in the *Troika* and connections between programmes and conditionality are considered in a favourable way; this helps to guarantee homogeneity between the

[94] A. Thiele, *Friendly or Unfriendly Act? The "Historic" Referral of the Constitutional Court to the CJEU Regarding the ECB's OMT Program,* in *German Law Journal*, vol. 15, 2014, p. 261 is particularly clear on this element.

[95] See D. Adamski, *Economic Constitution of the Euro Area After the Gauweiler Preliminary Ruling*, cit., p. 1474.

[96] A. Hinarejos, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme*, cit., p. 575.

market and legal incentives for the states in the same direction, thereby assuring the ultimate objective of financial stability.

6. *Follow-Up: Confirmation and Rejection*

6.1. *An overview of the Ledra Adv. case*

The reshaping of fiscal federalism in the EMU has been recently tested in the *Ledra* case, involving the assistance programme granted to Cyprus by the ESM and the conditionality provided by the Memorandum of Understanding (MoU) of 26th April 2013.[97] The two largest banks of Cyprus were insolvent, and thus, it was necessary to implement a plan to restore the sector: The state required assistance, which was provided through the ESM. The state decided to recapitalise the Bank of Cyprus and to dissolve the Cyprus Popular Bank, after consolidating all its assets in the first. Because of the implementation of this plan, the actors saw the value of their deposits significantly reduced. The appellants complained that the General Court considered that the Commission and the ECB do not have autonomous decision making power regarding the duties in the assistance plan. Therefore, the General Court did not consider the role of these institutions as the effective cause of the losses of the actors, which were determined by the decisions assumed by the Republic of Cyprus in the implementation of the assistance plan.[98] Moreover, the appellants also claimed that the Commission failed to ensure that the MoU was compatible with EU law as required in *Pringle*: [99] Particularly, they alleged the violation of the right to property as guaranteed by Art. 17.1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which was determined by paragraphs 1.23 to 1.27 of the memorandum.[100]

[97] *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* concluded between the Republic of Cyprus and the European Stability Mechanism (ESM) on 26 April 2013.

[98] *Ledra,* § 42-43.

[99] *Pringle,* § 174.

[100] *Ledra,* § 45-47.

The Opinion of Adv. Gen. Nils Wahl was consistent with the approach of the General Court in several aspects. As the ESM Treaty is considered an international agreement outside the EU legal order, the mere assignment of tasks to EU institutions does not change the nature of acts in the ESM frame.[101] In his view, the links existing between this frame and EU law are not considered enough to bypass the rigidity of the list of acts in this frame.[102] Analysing the second argument of the appellants – i.e. that the Commission has a duty to guarantee compliance with EU law –, the Adv. Gen. distinguished between compliance and consistency: In the ESM frame, there is not a duty to comply with every aspect of the EU legal order, but only to assure that the measures thereby implemented are consistent with the actions for the coordination of economic policies as defined by the TFEU.[103] It should not be possible to detect a right conferred to EU citizens from the Commission's role of guardian of the Treaties set forth in art. 17.1 TEU.[104]

The Court of Justice shared the approach of the Adv. Gen. regarding the first argument: Thus, the plea for an annulment action was rejected.[105] However, it took a different approach to the second argument, finding that the tasks conferred by the ESM Treaty to EU institutions could not alter the essential character of the power conferred to them by the Treaties.[106] The Commission's role of guardian of the Treaties as set forth in Art. 17.1 TEU should also be exercised in this frame by assuring that the Memorandum of Understanding is consistent with EU law.[107] From this duty, the Court considered that the General Court "*erred in law in the interpretation and application of Article 268 TFEU and the second and third*

[101] *Ledra,* Adv. Gen. Op. § 51-53.

[102] Recalling the absence of space for "hybrid acts" as emerged in CJEU C-28/12, 8 April 2015, *Commission/Council,* § 51.

[103] *Ledra,* Adv. Gen. Op. § 70-75.

[104] *Ledra,* Adv. Gen. Op. § 76-80. In the view of the Adv. Gen., the proper road to challenge this instrument is before the national courts: invoking the extra-contractual responsibility of the States as determined applying the ordinary criteria of International Law, *Ledra,* Adv. Gen. Op. § 100-106.

[105] *Ledra,* § 52-54.

[106] *Ledra,* § 56.

[107] *Ledra,* § 58.

paragraphs of Article 340 TFEU by holding, in paragraphs 46 and 47 of the orders under appeal, on the basis merely of the finding that the adoption of the disputed paragraphs could not formally be imputed to the Commission or the ECB, that it did not have jurisdiction to consider an action for compensation based on the illegality of those paragraphs".[108] The Court of Justice adopted an approach significantly divergent from the position of the General Court and of the Adv. Gen., considering that the inclusion of the paragraphs in the MoU and the inaction of the Commission to guarantee the conformity with EU law of the same could result in non-contractual liability under art. 340.2 TFUE.[109] The judgement specifies the conditions for the existence of this liability: the unlawfulness of the conduct, damage and the existence of a causal link between the two.[110] The violation of law is found on the ground of the applicability *ratione personae* of the Charter to EU institutions when they act outside the EU legal framework. The Commission, particularly, has a duty to assure the consistency of the Memorandum of Understanding with the fundamental rights guaranteed by the Charter that arises under both EU provisions – art. 17.1 TEU – and ESM provisions – art. 13.3-13.4 ESM Treaty.[111] Once it resolved the issue of the scope of application of the Charter, the Court of Justice analysed the existence of a violation of the right to property in the referred question.

6.2. *The role of incentives in Ledra*

This is the part of the judgement that is more useful to our topic; the Court of Justice implemented a test of proportionality in the

[108] *Ledra,* § 60.

[109] *Ledra,* §63-64. The opening to the application of the Charter to ESM conditionality was positively evaluated by A. Hinarejos, Bailouts, *Borrowed Institutions, and Judicial Review: Ledra Advertising,* in *EU Law Analysis*, 25 September 2016, last date accessed 27 March 2017, available at <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/09/bailouts-borrowed-institutions-and.html> .

[110] C-611/12 P, *Giordano v Commission* [2014] § 35 and the case-law cited.

[111] *Ledra,* § 67.

restriction of property rights using the frame of fiscal federalism defined in the cases previously analysed. A restriction on property is admissible in so far as it meets the objectives of the general interest and it does not impair the core of the rights guaranteed.[112] In this case, the objective of the Memorandum of Understanding – the stability of the banking system of the Euro area – is coherent with the ultimate *telos* of the EMU's economic constitution. i.e., the stability of the Eurozone as a whole. As in the analysis of Article 125 TFUE in *Pringle*, the CJEU shared the approach proposed by the ESM to justify its interventions and its legitimacy. The links between the banking system of a country and the overall financial system of the Union are evaluated to justify the relevance of the intervention from the perspective of the overall stability. The risks of negative spill-over effects in other countries and sectors justifies the intervention of the ESM.[113] The contents of the Memorandum of Understanding that were being challenged are not unlawful because they pursue a legitimate goal, and they restrict property rights in a proportionate way.[114]

The analysis of the interventions of the ESM and their consistency with EU law should be conducted according to the teleological approach as proposed in *Pringle.* In this context, the conditionality of the ESM evaluated by the Court of Justice that defines the system of legal incentives is central in two ways.[115] On the

[112] *Ledra,* § 70. See, to that effect, C-548/09 P, *Bank Melli Iran v Council* [2011] § 114 and C-358/15 P, *Bank of Industry and Mine v Council* [2016] § 56.

[113] *Ledra,* § 72.

[114] See the analysis of the measures at *Ledra,* §73. The role of the Memorandum of Understanding as a leverage to curtail the impunity of actions in the ESM frame has been marked by P. Dermine, *The End of Impunity? The Legal Duties of 'Borrowed' EU Institutions under the European Stability Mechanism Framework,* in *European Constitutional Law Review,* vol. 13, 2017, p. 374 – 376.

[115] The teleological approach seems to be helpful in resolving the ambiguity about conditionality evaluations made by the Court of Justice, which was discussed, for example, before the *Ledra* case by A. Baraggia, *Conditionality Through the Lens of the CJEU: A "Blurry" View,* in *Verfassungsblog on Matters Constitutional,* 30 June 2016, last date accessed 27 March 2017, available at <http://verfassungsblog.de/conditionality-through-the-lens-of-the-cjeu-a-blurry-view/

one hand, the ESM assistance is admissible in so far as it respects the conditions fixed in *Pringle* in the analysis of Article 125 TFEU. In *Ledra Adv.*, this means that this intervention is consistent with EU law in so far as it responds to an exigency to guarantee the overall stability of the Eurozone. On the other hand, there are also limits on the intervention of the ESM. The Memorandum of Understanding could propose measures that potentially conflict with other EU rights – including the fundamental ones guaranteed in the Charter – if they are valuable in establishing and promoting the overall stability of the Eurozone. Otherwise, the Commission should be considered responsible for a violation of EU law, and it could be liable to pay extra-contractual damages. This seems to be a clear confirmation of the central role played by incentives in the frame emerging after the reformation process; in ESM interventions, a memorandum of understanding should be read both through the lens of the necessity to stress the compatibility with Article 125 TFEU of the decision to intervene and proportionality in evaluating the consistency of its contents with other provisions of the EU legal frame.

6.3. *The different perspective of the GFCC*

In the judgement of the Federal Constitutional Court of Germany that followed the decision of the Court of Justice in *Gauweiler*, the Court tried to find a balance between acceptance of the new approach to the EMU economic constitution as proposed by the CJEU and the formal confirmation of the national court powers. Thus, it is another case that seems to be interpreted as testifying to the 'yes, but...' approach in the integration process.[116] The Court assessed, first, its power in the identity and *ultra vire*s reviews, to fix the standards of its review; if the complaints rights – under Article 38 sec. 1 sentence 1, Article 20 secs. 1 and 2 in conjunction with Article 79 sec. 3 – and the rights and obligations of the Bundestag regarding the European integration are impaired by the (in)action of the Federal

[116] As defined by K. Schneider, *Yes, But… One More Thing: Karlsruhe's Ruling on the European Stability Mechanism,* in *German Law Review,* vol. 14, 2013.

Government.[117] The GFCC criticised three aspects of the judgement of the CJEU that are reflective of the more relevant criticism about this case: (1) the weakness of the analysis made by the CJEU to consider the OMT as an instrument of monetary policies, (2) the use made by the Court of teleological interpretation, without questioning the declared objective, which eroded the principle of conferral[118], and (3) the lack of a proper analysis of the link between the independence of the ECB and the absence of democratic legitimation of its actions.[119] However, the GFCC maintained that there was not a manifest excess of competences that could justify the use of *ultra vires* review. Particularly, the national Court strongly evaluated the paragraphs of the judgement in which the CJEU analysed the features of the programme that limit its expansive possibility to assess the legitimacy of the OMT. These elements became, for the Court of Justice, keystones in assessing the compatibility with Article 123 TFUE and for the GFCC as limits to justify the absence of an *ultra vires* act. The national Court explicitly stated that the programme is compatible with internal constitutional law until the framework conditions evaluated by the CJEU are met.[120]

The strict parameters defined by the Court of Justice, including the motivation duties, assure the possibility of exercising jurisdictional control over the acts of the ECB. In the view of the GFCC, this is an element that assures that the OMT programme could not be used to exceed the scope of powers conferred to the ESBC without a judicial inquiry regarding those actions.[121] Moreover, there is an adhesion to the evaluation made by the CJEU of the features of the intervention, to exclude the violation of Article 123.1 TFUE by an equivalent measure. However, this provision is considered as a fundamental rule

[117] 2 BvR 2728/13, §§ 115-173.

[118] 2 BvR 2728/13, § 177.

[119] 2 BvR 2728/13, § 188.

[120] 2 BvR 2728/13, § 174. In a paper on this case, P. Faraguna also noticed the key role of limiting conditions imposed by the Court of Justice to intervene under the OMT programme to justify, in the reasoning of the GFCC, the respect of the constitutional principle under stress, si v. P. Faraguna, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler,* in *Diritti Comparati, Working Papers*, 1/2016, p. 8-13.

[121] 2 BvR 2728/13, § 194-195.

that should be interpreted adopting a restrictive approach in the perception of the GFCC,[122] while the provision – as mentioned before – is considered as providing an intermediate objective – a first *telos* – in the interpretation of the Court of Justice. Consequently, while features of the programme are similarly central in the interpretation of the Courts, their role is more differentiated. The GFCC evaluated them in a 'conservative' way, i.e., to lessen the impact of the programme as interpreted in *Gauweiler*. The Court of Justice seems to use them in a process of an overall reshaping of the guiding principle of the economic constitution of the Eurozone, as elements to mingle reformed economic governance and compliance with Treaty provisions.[123]

The European integration agenda, and particularly the fiscal one, is central also in the QE case referral; again, the GFCC formally suggests its role of a guarantor of the conformity between the actions of supranational institutions and its (and not an European one) view of the paradigm of integration on fiscal ground.[124] The criteria of conformity of ECB programmes to Article 123.1 TFEU as defined in *Gauweiler* are interpreted in a restrictive way; that is, legally binding hypothesis and not indicators of a reshape of an overall paradigm, as this research seems to suggest.[125] As a consequence the referral suggests two plausible violations of the European Union. On the one hand, the PSPP[126] could create a *de facto* certainty of the intervention

[122] 2 BvR 2728/13, § 201.

[123] In a similar way, noting the different roles of the features of OMT in the approach of the CJEU and of the BverfG, P. Faraguna, *La saga OMT*, cit., p. 591 – 592.

[124] *Proceedings on the European Central Bank's Expanded Asset Purchase Programme are Stayed: Referral to the Court of Justice of the European Union,* Bundesverfassungsgericht Press Release No. 70/2017 of 15 August 2017, § 1. Goldmann is particularly critical about the possibility to apply an internal parameter to the activities of supranational institutions, see M. Goldmann, *Summer of Love: Karlsruhe Refers the QE Case to Luxembourg,* in *VerfBlog,* 2017/8/16, available at http://verfassungsblog.de/summer-of-love-karlsruherefers-the-qe-case-to-luxembourg/, DOI: https://dx.doi.org/10.17176/20170816-133956.

[125] *Proceedings on the European Central Bank's Expanded Asset Purchase Programme are Stayed*, cit., § 2 l. a).

[126] *Public Sector Purchase Programme***,** ECB Press Release, 22 January 2015.

of the Eurosystem in acquiring government bonds, so violating a punctual criterion determined in *Gauweiler*[127]. On the other hand, the PSPP could configure a violation of the ECB's mandate; the GFCC proposed a vision of a rigid divide between monetary and economic policies that is potentially breached by the programme.[128] This position seems to be quite dissonant in respect of the positive evaluation of interactions between these two policies proposed in *Gauweiler*. Moreover, the referral seems to restate a conflict between the GFCC and the CJEU that could be better clarified in the perspective of two different visions of the Eurozone fiscal framework that emerged in this research. The German Court would ensure the continuity of its traditional vision of fiscal integration agenda and it interprets the new instruments as exceptional and limited hypotheses; their evaluations by the CJEU and their conformity with the Treaties are considered closer to derogations, that should be interpret in a restrictive way to ensure the non-modification of the Eurozone fiscal framework. On the other hand, this article has shown that the approach of the Court of Justice could be better understood in the perspective of an evolution of the underneath fiscal framework that provoked the exigency to find a new balance between incentives. It is not predictable – and it is not the aim of this article – to define how this conflict will be solved, but it seems quite helpful to jump out of the punctual and detailed contrasts to show the origins of the two interpretative approaches.

7. *Conclusions*

This paper has argued that in defining the limits 'by objective', the Court reflected an evolution in Economic and Monetary Union that could be better understood using the lenses of fiscal federalism.

[127] *Proceedings on the European Central Bank's Expanded Asset Purchase Programme are Stayed*, cit., § 2 l. b). This aspect could prevent, in the view of the GFCC, market rule to continue to work. In a similar way, see M. Goldmann, *Summer of Love*, cit.

[128] *Proceedings on the European Central Bank's Expanded Asset Purchase Programme are Stayed*, cit., § 3.

In political studies, the Eurozone fiscal framework could be considered as very similar to a model of 'semi-sovereignty'; there is the borrowing autonomy of the states, and through the use of funding or norms, there are forms of vertical imbalance.[129] However, although the system, particularly in the sectors interested in our topic, was originally very close to a model of market-based incentives, the ESM and the OMT have eroded such a vision. To face the perils of fiscal federalism and to avoid fiscal indiscipline, a new combination of market and legal incentives should be provided. Therefore, the Court of Justice had to address the passage to a more nuanced system, one in which market and legal incentives are further combined to influence 'the impetus of the Member States concerned to follow a sound budgetary policy'. In doing so, the Court had to consider how 'central incentives' can influence the behaviour of 'subnational governments',[130] bearing in mind that their fiscal responsibility is a cornerstone of the financial stability of the entire EMU. In this evaluation, the conditions and features of the programmes have emerged as pivotal in assuring a new balance; they play the role of legal incentives in compensation for the loss of the market ones.

The divergence between the position of the CJEU and the GFCC are, in my view, partially determined by a different reading and approach to this evolution. This new trend in the approach to the EMU frame was not well received by the GFCC, which proposed a conservative reading of *Gauweiler,* both in the decision ending that saga and in the QE referral. On the other hand, in *Ledra*, the Court of Justice seemed to confirm this interpretative trend using a teleological approach to justify the proportionality of the conditions contained in the Memorandum of Understanding subscribed by Commission; they pursued the overall objective of the EMU's economic constitution.

[129] J. Rodden, *Hamilton's Paradox*, cit., p. 251-268. For an in-depth analysis of this model and its issues, see par. 2.2

[130] Using the terminology of the theoretical perspective offered in par. 3.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Abstract: The article aims to interpret the evolution of the Eurozone governance using the lenses of fiscal federalism theory. This perspective would help to understand what the Court of Justice of the European Union had to manage in its cases that faced the economic governance reform process. The focus is mainly on the interpretation made by the Court of some features of the instruments challenged in Pringle and Gauweiler from a theoretical perspective. The thesis is that such evaluations reflect an evolution in the relationship between the norms and political behaviour of actors in the Economic and Monetary Union. Adopting a fiscal federalism theoretical perspective, the cases could be read as reflecting a modification of the system of incentives to assure the responsible fiscal behaviour of the actors. The Eurozone originally relied on market incentives to assure the states' sound budgetary policies. Today, the system presents a more mixed system of incentives, with legal incentives particularly emerging in the Court of Justice's interpretation of Articles 125 and 123.1 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The explanation of this pre-legal evolution helps to understand the divergence between the interpretation of the Memorandum of Understanding as proposed by the Court of Justice in Ledra Adv. and the different approach proposed by the German Federal Constitutional Court in the judgement ending the Gauweiler saga and in the referral regarding the Quantitative Easing.

Keywords: Eurozone economic governance; Cjeu and eurozone governance; Fiscal federalism theory and its applications; Judicial interpretations of Eurozone evolution.

Mario Iannella - PhD at Scuola Superiore Sant'Anna (m.iannella@sssup.it).

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*

Alessia Cozzi

SOMMARIO: 1. Spunti per un'indagine. – 2. Indizi non concordanti tratti dalla giurisprudenza costituzionale. – 3. Un tentativo di mappatura della giurisprudenza. – 3.1. Esame sulla base del solo parametro interno e assorbimento del vizio ex art. 117, c. 1, Cost. – 3.2. Esame del solo art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento del parametro interno. – 3.3. Esame congiunto dei parametri interno e convenzionale. – 3.4. Esempi di esame separato e autonomo dei parametri interno e convenzionale. – 3.5. Variabilità entro il medesimo ambito materiale. – 3.6. Casi in cui la preferenza per l'art. 117, c. 1, dipende dalla struttura della fattispecie. – 4. Alla ricerca di una *ratio*: la natura dei diritti in gioco. – 5. L'assenza di un ordine di esame dei vizi di costituzionalità e i suoi riflessi sul rapporto tra sistema convenzionale e ordinamento interno. – 6. I riflessi sulla legittimazione della Convenzione europea.

1. *Spunti per un'indagine*

Oggetto del presente contributo è l'ordine di esame dei vizi di costituzionalità quando sia eccepita contestualmente la lesione di norme costituzionali interne e di norme convenzionali. Il recepimento della giurisprudenza convenzionale nell'ordinamento interno è stato descritto in termini di "*judicial transplant*", per indicare il fatto che si tratta di un'operazione tutt'altro che meccanica, che comporta un'attività di adeguamento e modulazione[1]. Si è voluto, perciò,

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Si veda la relazione dell'allora giudice della Corte costituzionale F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in

indagare se l'ordine di esame dei vizi riveli una tendenziale preferenza assegnata alle norme costituzionali o alle norme convenzionali e se rifletta alcuni orientamenti generali della Corte costituzionale nel procedere a questa attività di adeguamento.

Lo spunto dell'indagine nasce dalle considerazioni presenti in alcuni recenti saggi sul peso rispettivamente assegnato al parametro interno e a quello convenzionale[2]. In una descrizione del caso relativo

---

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf, che individua almeno quattro elementi di differenza tra le attribuzioni e le tecniche di giudizio della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale: la rilevanza del caso concreto all'origine del giudizio; le tecniche argomentative e di strategia di legittimazione; l'utilizzo del metodo comparativo; l'esternazione del processo formativo della decisione attraverso le opinioni concordanti o dissidenti. Queste differenze determinano il fatto che il «*judicial transplant*» della giurisprudenza convenzionale entro la giurisprudenza costituzionale non sia operazione meccanica regolata da automatismi, ma richieda un'attività di adeguamento. L'adeguamento è stato realizzato dalla Corte costituzionale attraverso l'accentramento del giudizio di convenzionalità entro il sindacato di costituzionalità, il riconoscimento della competenza della Corte di Strasburgo nell'interpretazione della Convenzione e insieme il mantenimento in capo alla Corte costituzionale del compito di bilanciare i diritti convenzionali e i diritti costituzionali. L'effetto è che, in gran parte dei casi analizzati nella relazione, si è avuto un allineamento tra Corti, mentre in alcune fattispecie rimane un disallineamento. La prospettiva adottata, espressa nella parte finale della relazione, è quella di una "comunità di costituzioni" che caratterizza lo spazio giuridico europeo, per cui non è possibile affidare la delicata opera di raccordo tra i diversi ordinamenti ad un unico organo giurisdizionale di chiusura, cui riservare in via esclusiva la *Kompetenz-Kompetenz*.

[2] Si vedano i saggi dei giudici costituzionali G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Università di Macerata – Lezioni Alberico Gentili, Bologna, 2015; M. Cartabia, *Of Bridges and Walls: The "Italian Style" of Constitutional Adjudication*, in *Constitutional Court of the Republic of Slovenia, 25 Years*, Bled, Slovenia, June 2016, Conference Proceedings, 69-84, in http://www.us-rs.si/media/zbornik.25.let.pdf, e in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8, no. 1/2016, p. 37-55, in merito alla necessità di una tutela non frammentata, ma sistemica dei diritti costituzionali; N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in www.rivistaaic.it, n. 4 del 2017, 21 novembre 2017. Per il principio di collegialità che disciplina i lavori della Corte costituzionale, le considerazioni espresse nei contributi indicati restano opinioni individuali, rese per di più nell'ambito di riflessioni più articolate e complesse, per cui da esse non può trarsi un orientamento della Corte.

alla conoscenza del nome della madre rimasta anonima al momento del parto, per esempio, emerge chiara la ricerca di un autonomo bilanciamento tra i parametri costituzionali che non si limiti al recepimento della soluzione adottata dalla Corte di Strasburgo in un caso analogo. La consapevolezza e attenzione per la giurisprudenza convenzionale è ben presente, ma questa non è considerata esaustiva e assorbente rispetto all'interpretazione dei parametri costituzionali interni, che sono fatti oggetto di autonoma ponderazione[3]. In altro saggio relativo al caso dell'attribuzione del cognome materno, nel ragionare sui fattori che hanno indotto la Corte costituzionale a superare una precedente pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, si legge che l'assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost. è un possibile segnale del fatto che, se vi sono parametri costituzionali interni sufficienti, non vi è necessità di ricorrere a parametri esterni. Sul peso che ha avuto il precedente di Strasburgo *Fazzo e Cusan* nella scelta della Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità si osserva che: «Non può essere una fonte internazionale o sovranazionale, neanche la Convenzione EDU, a contribuire a determinare decisivamente il significato del testo dell'art. 29 Cost., particolarmente se letto in connessione con gli artt. 2 e 3 Cost. Troppo densa di significati storico-culturali è la nozione costituzionale di famiglia, per ammettere che essa possa risultare conformata – conformata in modo decisivo, si intende – da tendenze giurisprudenziali esterne al nostro ordinamento»[4]. La ragione della

[3] G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 61-89, in relazione a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278.

[4] N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione*, cit., p. 7, 11; il caso paradigmatico è la sentenza n. 286 del 2016 in materia di attribuzione anche del cognome materno su concorde volontà dei genitori. A partire dall'esistenza di un contesto sotteso alla questione di costituzionalità più ampio di quello che emerge dal solo contraddittorio processuale in senso tecnico, l'A. ripercorre la giurisprudenza costituzionale in materia di attribuzione del cognome paterno per interrogarsi sui fattori che hanno portato a ridelineare l'auto-limite della Corte rispetto alla discrezionalità del legislatore; tra questi, non sempre l'inerzia legislativa, che potrebbe esprimere una decisione negativa voluta; non la sopravvenuta giurisprudenza CEDU, su cui le citazioni nel testo, pur riconoscendo che l'interazione e integrazione tra parametri interni e sovranazionali è argomento assai interessante e delicato; soprattutto, invece, il

sopravvenuta incostituzionalità dichiarata dalla Corte è così ricondotta essenzialmente all'evoluzione della coscienza sociale intesa in senso oggettivo.

Queste considerazioni giustificano la domanda sul se emerga nella giurisprudenza della Corte costituzionale un criterio ordinatore sull'uso dei parametri. Il contributo è diviso in due parti. Nella prima parte, è descritta una mappatura della giurisprudenza suddivisa in ragione dell'ordine di esame dei parametri, dando alcuni esempi dei relativi schemi di giudizio. Nella seconda parte, a partire dal quarto paragrafo, si esaminano alcune delle ragioni che potrebbero spiegare il ricorso a una o all'altra tipologia di schema di giudizio, in particolare la natura dei diritti in gioco. Si considerano, inoltre, alcuni elementi di vantaggio e di svantaggio che derivano dalla trattazione separata e autonoma del parametro convenzionale e del parametro costituzionale interno o dalla loro trattazione congiunta. Si vedrà che le oscillazioni della giurisprudenza nell'ordine di esame dei vizi *non corrispondono* ad una scelta di fondo *costante* volta a valorizzare, in una chiave gerarchica di rapporto tra fonti, la subordinazione della Convenzione europea alla Costituzione, né, al contrario, ad accentuare sempre, in chiave sostanziale, il rapporto di integrazione tra norme di pari sostanza normativa. Nella parte finale sono formulate alcune considerazioni sui riflessi che l'ordine di esame dei vizi potrebbe esprimere sulla legittimazione della Convenzione europea.

2. *Indizi non concordanti tratti dalla giurisprudenza costituzionale*

mutamento della coscienza sociale, da accertarsi sulla base di indici oggettivi che costruiscono appunto il "contesto" sullo sfondo della questione (così i progetti di legge pendenti; i dati del diritto straniero e comparato, compresi elementi di *soft law*; gli stessi precedenti della Corte costituzionale; le tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise; soprattutto, la presenza di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che manifestano il disagio emergente nei giudici comuni verso interpretazioni percepite come non più rispondenti al tempo, divenute irragionevoli, e indicano alla Corte una direzione – le ordinanze sono così per l'A. le «antenne» della Corte, coerenti con la logica del giudizio incidentale come giudizio accentrato ad iniziativa diffusa).

Alcuni indizi relativi alla presenza di un tendenziale criterio relativo all'ordine di esame dei vizi potrebbero trarsi dalla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni. Conviene dire da subito che si tratta di indizi che non convergono. Da un lato, è nota la discussa affermazione contenuta nella sentenza n. 49 del 2015 sulla «priorità assiologica» della Costituzione sulla Convenzione europea. Se è vero che dietro l'ordine logico vi è un ordine assiologico che l'ordine logico sottintende, dall'inciso potrebbe trarsi che la violazione del parametro interno meriti priorità e sia assorbente rispetto al parametro convenzionale. In senso contrario, d'altra parte, prima della sentenza n. 49 del 2015 una priorità logica e assiologica era stata assegnata al parametro convenzionale sulla base dell'ordinanza n. 150 del 2012, in materia di fecondazione eterologa. La Corte aveva disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per sopravvenuta pronuncia della Grande Camera che aveva modificato il principio di diritto espresso dalla Camera semplice su cui le ordinanze di rimessione si fondavano[5]. Poiché tali ordinanze motivavano anche vizi autonomi di costituzionalità basati sul parametro interno, la scelta processuale della restituzione degli atti poteva apparire come indice di un rapporto di dipendenza della questione di costituzionalità dalla questione di convenzionalità[6,7].

[5] Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150; tutte le tre ordinanze di rimessione eccepivano la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU per come interpretati in C.edu, I Sez., *S.H. e altri c. Austria*, 1 aprile 2010, e dell'art. 3 Cost.; la seconda e la terza ordinanza anche la violazione degli artt. 2, 31, e 32 Cost., e la terza del 29 Cost.; la restituzione degli atti fu motivata per la sopravvenuta C.edu, Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011. La Corte, per vero, osservò che i giudici rimettenti avevano fatto ampio riferimento alla giurisprudenza CEDU anche nella motivazione riferita ai parametri costituzionali interni.

[6] A. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in www.giurcost.org, secondo cui la Corte ha finito per negare «l'autonomia concettuale e positiva» dei parametri costituzionali, il che indurrebbe a ritenere la CEDU «per sistema» dotata di forza sovracostituzionale, tanto da incidere o derogare gli altri parametri costituzionali e da provocare «*in ogni caso*», se lesa, l'incostituzionalità. Nello stesso senso, A. Morrone, Shopping *di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it,

In realtà, da un esame più ampio della giurisprudenza deve concludersi che un siffatto ordine non esiste. La sentenza n. 162 del 2014, originata dagli stessi rimettenti cui erano stati restituiti gli atti con ordinanza n. 150 del 2012, è stata decisa sulla base dei soli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dichiarando assorbito l'art. 117, c. 1, Cost. e smentendo così una priorità logica del parametro convenzionale. Solo per restare nello stesso ambito materiale, anche nella successiva sentenza n. 96 del 2015 il divieto di diagnosi preimpianto è stato dichiarato incostituzionale per violazione dei soli artt. 3 e 32 Cost., con assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost., nonostante il precedente di Strasburgo *Costa e Pavan* che tanto aveva influenzato i giudici di merito[8]. Sul versante opposto, della priorità del parametro

19 luglio 2012, e E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in www.forumcostituzionale.it, 29 giugno 2012, sul pericolo che i giudici comuni tendano a «scolorire» le questioni di compatibilità con la Costituzione e ad agire attraverso un "fai di te" nella valutazione dell'armonia tra legge interna e CEDU. L'A. distingue le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, per le quali la tecnica della restituzione per *ius superveniens* appare coerente con lo strumentario complessivamente forgiato per il diritto europeo e funzionale a garantirne il primato, e le sentenze di Strasburgo, attesa la rimarcata posizione subcostituzionale della CEDU, subordinata a tutte le norme costituzionali, il divieto di disapplicazione e il sindacato accentrato. In senso analogo, entro una più ampia analisi delle ordinanze di restituzione degli atti, R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org, e I. Pellizzone, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 3 del 2012, 25 settembre 2012.

[7] A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013, p. 141, ritiene che la giurisprudenza costituzionale successiva all'ord. n. 150 del 2012 abbia smentito l'esistenza di un orientamento consolidato relativo alla precedenza del parametro convenzionale.

[8] Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, avente ad oggetto gli artt. 1, cc. 1 e 2, e 4 l. n. 40 del 2004 per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., e 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU. G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in *www.diritticomparati.it*, 11 giugno 2015, insiste proprio sulla recessività del parametro convenzionale e la ritrovata centralità delle norme costituzionali «per l'insostituibilità del contributo di valore che può venire in taluni casi dal catalogo

costituzionale, ha avuto ragione la dottrina che, pur criticando la sentenza n. 49 del 2015 per aver definito con un approccio piramidale e gerarchico il rapporto tra Carte e per aver fatto uso di un linguaggio espressivo di un «nazionalismo costituzionale esasperato» e di «patriottismo costituzionale ingenuo e infecondo», non riteneva che la pronuncia segnasse in via definitiva un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale[9]. Ed in effetti così è stato. Almeno questo è quanto si ricava dall'analisi che segue.

costituzionale dei diritti» e pure non interpreta questa recessività come un «disegno di autarchia costituzionale», poiché esso muove sempre dalla presa d'atto della convergenza dei contenuti di tutela interni e sovranazionali, per concludere che «non può essere considerato un male se a tornare protagonista è la Costituzione, perché il principio di ragionevolezza e il diritto alla salute in essa contenuti in larga parte assorbono (e trascendono) i contenuti di garanzia desumibili dalla Convenzione». Nello stesso senso, per aver ritenuto sufficiente l'uso del parametro interno, C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2015.

[9] A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2 del 2015, p. 325-332, 327, 330. Per il linguaggio usato, la sentenza n. 49 del 2015 sembrava voler introdurre un nuovo schema di giudizio di portata generale; nondimeno, parte della dottrina ha ridimensionato la sua portata innovativa, rimarcando elementi di continuità con l'elaborazione giurisprudenziale successiva alle sentenze gemelle – V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.rivistaaic.it*, maggio 2015, p. 3 – e inquadrando la pronuncia nel suo contesto: così G. Sorrenti, *Sul triplice rilevo di Corte cost., sent. n. 49/2005, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7 dicembre 2015, p. 2, che circoscrive il vincolo ai precedenti consolidati alle sole circostanze in cui «sembri possibile ravvisare una forte discontinuità tra le sentenze della Corte europea», specie se non motivata, imponendo ai giudici interni di attendere chiarimenti da successive sentenze: «Non qualsiasi sternuto a Strasburgo, in altri termini, è in grado di provocare uno tsunami nell'ordinamento interno», con riferimento al possibile annullamento della legge interna che ne potrebbe derivare in seguito a incidente di costituzionalità. Sotto altro profilo, l'oggetto del giudizio di costituzionalità sarebbe la legge di esecuzione del trattato *in parte qua* «solo ed esclusivamente» quando il giudice rimettente ritenga il dettato convenzionale incostituzionale, come nella specie aveva fatto la Corte di Cassazione, mentre lo schema dalla sentenza n. 49 non troverebbe applicazione in tutte le ipotesi di sospetto contrasto tra legge interna e norme convenzionali, in cui permarrebbe lo

3. *Un tentativo di mappatura della giurisprudenza*

È acquisito in dottrina che, dopo le sentenze gemelle del 2007, a partire dal 2009 la Corte costituzionale abbia utilizzato diverse tecniche argomentative per aumentare il proprio margine di manovra rispetto ai precedenti di Strasburgo e poter procedere ad un autonomo bilanciamento[10]. Se si guarda al merito delle decisioni, tuttavia, sono state certamente più numerose le occasioni in cui le interpretazioni dei diritti costituzionali e convenzionali hanno coinciso. Ferma allo stato la posizione subcostituzionale riservata alla Convenzione europea, e pur rimanendo inevitabilmente ciascuna Corte padrona del proprio parametro, ne emerge la ricerca da parte della

schema delle gemelle, come nella specie fatto dall'altro giudice rimettente, il Tribunale di Teramo. Anche G. Martinico, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, Ferrara, 7-8 aprile 2016, Napoli, 2017, p. 407-444, 417-126, contestualizza la sentenza n. 49 del 2015 entro le tecniche argomentative adottate successivamente alle sentenze gemelle per aumentare il margine di discrezionalità, tecniche a loro volta maturate parallelamente a mutamenti esterni come l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, la dichiarazione di Brighton, l'adozione dei Protocolli n. 15 e 16, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1 dicembre 2009 e del suo art. 6, par. 3. La sentenza n. 49 è, così, ritenuta un esempio di «disobbedienza funzionale», quale diretta conseguenza dell'apertura mostrata dalla Corte costituzionale al sistema convenzionale: il conflitto interpretativo tra Corti comporta il riconoscimento dell'esistenza dell'altro come interlocutore privilegiato, in un'ottica di pluralismo costituzionale, e contestualmente l'affermazione di una propria identità. Questo approccio, comune ad altre Corti europee, è ritenuto una forma di resistenza cooperativa, e dunque costruttiva, nella misura in cui il percorso argomentativo seguito dal giudice costituzionale non denota un'apertura meramente di facciata, celando in realtà posizioni sovraniste, ma rende pubblica, trasparente e motivata la scelta di seguire o non seguire una certa interpretazione, esponendosi così a una forma di controllo anche agli occhi dell'opinione pubblica.

[10] Per tutti, i contributi in G. Repetto, (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013 e ora C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016.

Corte costituzionale di una concordanza e affinità di soluzioni. Questa tendenziale concordanza è stata interrotta da macroscopici casi di rottura, accompagnati da toni più o meno duri, e che pure – pare di poter dire – sono rimasti isolati e confinati al singolo settore materiale in cui sono emersi. La sentenza n. 49 del 2015, in particolare, non ha dato avvio a un *trend* di generale chiusura della Corte costituzionale nei confronti dell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo[11]. Prevale in sintesi, a nostro avviso, un allineamento tra Corti[12].

[11] La sentenza n. 49 del 2015 utilizzava alcuni criteri, ampiamente discussi in dottrina, per diminuire il vincolo di precedente delle sentenze di Strasburgo, ove non fossero espressione di una giurisprudenza consolidata. Per completezza, cenni alla formazione di una «giurisprudenza ormai costante» o a un «indirizzo consolidato» o alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente» nella ricostruzione dei principi enunciati da Strasburgo erano per vero già presenti in Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, 6 *Cons. dir.*, in tema di udienza pubblica; 7 aprile 2011, n. 113, 4 e 7 *Cons. dir.*, sull'interpretazione dell'art. 46 CEDU; 22 luglio 2011, n. 236, 9 *Cons. dir.*, ultimo periodo; in nessun caso, tuttavia, questi cenni erano funzionali a diminuire il vincolo del precedente, ma a evidenziare la chiarezza del principio enunciato da Strasburgo. Dopo la n. 49 del 2015, vi sono cenni alla giurisprudenza consolidata non per circoscrivere l'effetto di un precedente contro l'Italia, ma per giustificare la "stabilità" del principio di diritto ricavato dalla giurisprudenza convenzionale: così la sentenza n. 184 del 2015, sul termine iniziale da cui calcolare l'irragionevole durata del processo penale, ove nella dettagliata analisi della giurisprudenza di Strasburgo una sentenza della Grande Camera è ritenuta, per la composizione che l'ha adottata, «pronuncia senz'altro valevole ad esprimere l'indirizzo vincolante del giudice europeo» (5 *Cons. dir.*); nella n. 36 del 2016, sempre in materia di legge Pinto, l'inciso «Dalla giurisprudenza europea consolidata (sentenza n. 49 del 2015)» serve ad illustrare il principio di diritto secondo cui lo Stato è tenuto a concludere il procedimento volto all'equa riparazione in termini più celeri di quelli consentiti nelle procedure ordinarie, e vi è un cenno all'art. 6 CEDU «il cui significato si forma attraverso il reiterato ed uniforme esercizio della giurisprudenza europea sui casi di specie». Lo stesso in Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in materia di *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p., la ricerca di una giurisprudenza consolidata non è servente al grado di vincolo dei precedenti, bensì alla esatta ricostruzione della norma convenzionale (*chose interpretée*) sulla nozione di "fatto" come mero fatto naturalistico attinente alla condotta attiva o omissiva o come fatto storico composto dalla triade "condotta, nesso di causalità, evento": «il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto, salvo quanto si dovrà aggiungere in seguito a

Il punto è se a questi andamenti sostanziali corrisponda uno schema logico relativo all'uso del parametro, e in particolare l'emergere di una certa continuità nell'ordine di esame dei vizi quando sia lamentata la lesione sia di un parametro costituzionale sostanziale che di un parametro convenzionale invocato attraverso l'art. 117, c. 1, Cost.[13].

---

proposito del concorso formale dei reati». Nell'analizzare la giurisprudenza costituzionale, pertanto, a nostro avviso, occorre tenere ben distinte le fattispecie in cui viene in gioco l'obbligo di esecuzione delle sentenze di Strasburgo ai sensi degli artt. 41 e 46 CEDU (*chose jugée*) dalle fattispecie in cui il precedente di Strasburgo ha valore di precedente interpretativo (*chose interpretée*).

[12] La stessa considerazione è alla base dei contributi dello *special issue* da poco pubblicato dello *Zeitschrift für ausländisches öfentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) – Heidelberg Journal of International Law*, n. 3 del 2017 (77); cfr. l'introduzione di D. Paris, *A Falling Tree Makes More Noise Than a Growing Forest*, ivi, p. 581-584, 582, metafora usata per dire che quando una Corte costituzionale nazionale ha sfidato la Corte Edu il fatto è stato rumoroso e eclatante, ma la *judicial cooperation* è la regola, e non l'eccezione, benché proceda silenziosa e spesso non notata. Rispetto alla giurisprudenza costituzionale italiana, condivide la prevalenza di un atteggiamento convergente rispetto alla CEDU, pur in presenza di pochi casi di aperto conflitto, D. Tega, *The italian way. A blend of cooperation and hubris*, ivi, p. 685-713.

[13] Si considerano solo le questioni che in altra occasione la dottrina ha definito «complesse», ossia questioni in cui la norma interna è sospettata di violare sia un parametro costituzionale sostanziale, che un parametro convenzionale, attraverso l'art. 117, c. 1, Cost.: così A. Ruggeri, *A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" congiuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. n. 245 del 2013)*, in *www. giurcost.org*, 2013, p. 1-7. Restano escluse dall'analisi le questioni cosiddette semplici, sollevate con solo riferimento all'art. 117, c. 1. Così per esempio Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, sul caso *Dorigo*, ex art. 117, c. 1, Cost. e 46 CEDU; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, sul rapporto tra prescrizione breve e principio della *lex mitior*, con questione sollevata, e decisa come non fondata, ex art. 117, c. 1, Cost. e 7 CEDU – con la stessa sentenza sono state dichiarate inammissibili due ulteriori questioni, una ex art. 117, c. 1, Cost. e una ex art. 117, c. 1, Cost. e art. 111 Cost. Era una questione semplice il caso *Maggio*, in cui la Corte ha fatto uso del margine di apprezzamento e del criterio della massima espansione delle garanzie per motivare una soluzione in conflitto con Strasburgo: Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, ex art. 117, c. 1, Cost. e art. 6, c. 1, CEDU e lo è il seguito, Corte cost., 12 luglio 2017, n. 166, di inammissibilità, ex art. 117, c. 1, e art. 1 Prot. n. 1 CEDU; in precedenza questione analoga relativa alle pensioni svizzere per violazione degli artt. 3, c. 1, 35, c. 4, 38, c. 2, Cost., era stata ritenuta non fondata da Corte cost., 23

Senza pretesa di completezza, la giurisprudenza costituzionale relativa a questioni complesse può essere suddivisa in distinti gruppi a seconda dell'uso dell'art. 117, c. 1, Cost.: esame dei soli parametri interni e assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost.; esame del solo art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento dei parametri interni; esame congiunto del parametro costituzionale e convenzionale; esame separato e autonomo dei parametri costituzionale e convenzionale. Si danno poi dei casi, che vanno tenuti distinti, in cui il sindacato alla luce del solo art. 117, c. 1, Cost. trova ragione nelle peculiari caratteristiche della fattispecie, per come qualificata dalla Corte costituzionale, in particolare allorché si fa questione dell'esecuzione delle sentenze di Strasburgo ai sensi degli artt. 41 e 46 CEDU.

Sennonché, può anticiparsi, la giurisprudenza di Strasburgo è tendenzialmente tenuta in considerazione, motivata e discussa in tutte e quattro le categorie. Non è presente, perciò, solo nelle pronunce in cui l'art. 117, c. 1., Cost. è motivo unico o separato e autonomo di esame, ma spesso anche in quelle in cui la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. è dichiarata assorbita, decidendo la Corte sulla base dei soli parametri interni. Se ne ricava immediatamente che l'assorbimento o meno del motivo fondato sull'art. 117, c. 1, Cost. costituisce un dato formale che *non è in grado di rivelare* se e in che misura la Corte costituzionale abbia considerato la giurisprudenza di Strasburgo.

Di seguito si riportano alcuni esempi che illustrano la mappatura, fermo restando che ogni sentenza meriterebbe una separata analisi perché la scelta dell'ordine di esame dei vizi è influenzata innanzitutto dal modo in cui è stata formulata l'ordinanza di rimessione.

---

maggio 2008, n. 172. Per completezza, la sentenza n. 49 del 2015, in materia di confisca urbanistica, nasceva, invece, da una questione semplice sollevata dal Tribunale di Teramo solo in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., e da una questione complessa, promossa dalla Corte di Cassazione per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, c. 1, Cost. Dopo la sentenza n. 49 del 2015, sono originate da questioni semplici Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102, in materia di *ne bis in idem* nel rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per abuso di mercato ex art. 117, c. 1, Cost. e art. 4 del Prot. n. 7 CEDU; Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude nell'interpretazione datane nel diritto vivente l'identità del fatto in caso di concorso formale di reati, per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

3.1. *Esame sulla base del solo parametro interno e assorbimento del vizio ex art. 117, c. 1, Cost.*

La Corte costituzionale ha giudicato sulla base del solo parametro interno, dichiarando espressamente assorbite le censure ex art. 117, c. 1, Cost., in alcune sentenze molto note – e in parte già richiamate – in materia di conoscibilità del nome della madre rimasta anonima al momento del parto[14], di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa[15], di trasmissibilità anche del cognome della

[14] Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, sollevata ex artt. 2, 3, 32 e 117, c. 1, Cost.; l'incostituzionalità è stata dichiarata sulla base degli artt. 2 e 3 Cost.

[15] Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, adita nuovamente dai tre Tribunali rimettenti cui la Corte aveva rimesso gli atti per sopravvenuta sentenza della Grande Camera di Strasburgo con ord. n. 150 del 2012, su cui *supra*, ma sulla base di profili parzialmente diversi, per cui mentre l'art. 117, c. 1, era inizialmente comune a tutte le ordinanze, successivamente la violazione del parametro convenzionale è rimasta nella sola ordinanza del Tribunale di Milano. La Corte ha trattato congiuntamente la violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., a motivo che la PMA coinvolge plurime esigenze costituzionali meritevoli di bilanciamento. Si tratta di uno dei rari casi in cui la Corte ha ribadito espressamente la sua libertà di definire l'ordine di esame dei vizi: «Spetta… a questa Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza, dichiarandone eventualmente assorbite alcune, quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità (sentenze n. 278 e n. 98 del 2013, n. 293 del 2010)». L'assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost., vista la vicenda giudiziaria pregressa, è saltato agli occhi della dottrina: per tutti, A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo prennunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, 14 giugno 2014, in *www. forumcostituzionale.it*; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura, A prima lettura sull'eterologa*, 11 giugno 2014, ivi; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *www.giurcost.it*, che considera la scelta dei parametri come risposta al fatto che nel caso Costa e Pavan la Corte di Strasburgo aveva ammesso il ricorso diretto senza previo esaurimento dei rimedi interni per la derivazione direttamente dalla legge della violazione controversa; A. Ciervo, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in *www.diritti-cedu.unipg.it*, 2014; A. Cossiri, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e*

madre[16]. In tutte queste fattispecie la censura ex art. 117, c. 1, Cost., per motivare la quale i rimettenti avevano speso argomentazioni legate alla giurisprudenza convenzionale, è stata espressamente assorbita. Questa tipologia di schema della motivazione non è, tuttavia, frequente, come si ricava dai successivi gruppi di sentenze. In alcune di queste pronunce la Corte costituzionale si è confrontata con la giurisprudenza di Strasburgo direttamente entro l'interpretazione del parametro interno – così in tema di parto anonimo e di cognome materno – mentre in altre ha omesso qualsivoglia riferimento alla giurisprudenza convenzionale – così in tema di fecondazione eterologa. Se la preferenza accordata al parametro costituzionale interno sia dipesa dalla particolare natura dei diritti in gioco, si dirà a breve.

3.2. *Esame del solo art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento del parametro interno*

Speculare allo schema precedente è quello in cui i vizi sono esaminati alla luce del solo art. 117, c. 1, mentre le censure interne sono assorbite. Costituisce un esempio di uso del solo art. 117, c. 1, Corte cost. n. 196 del 2010, in materia di confisca obbligatoria del veicolo per guida in stato di ebbrezza, in cui si lamentava il contrasto tra l'interpretazione vivente di alcuni articoli del codice della strada, l'art. 3 Cost. e l'art. 7 CEDU attraverso l'art. 117, c. 1, Cost. Dopo aver ricostruito la natura dell'istituto della confisca nell'ordinamento interno, la Corte esamina la questione esclusivamente sotto l'angolo dell'art. 117, c. 1, Cost. e conclude per la sua violazione ai sensi dell'art. 7 CEDU nell'interpretazione di Strasburgo, quale norma che integra il parametro[17]. Si rimarca in più passaggi della decisione la

residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014, n. 162, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2 del 2014, p. 631 ss.

[16] Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, adita per violazione degli artt. 2, 3, 29, c. 2, 117, c. 1, Cost., che dichiara l'incostituzionalità ai sensi degli artt. 2, 3 e 29 Cost., con 117, c. 1, espressamente assorbito.

[17] Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in cui per vero il rimettente motivava essenzialmente in relazione alla violazione dell'art. 7 CEDU, citando la relativa

consonanza tra il principio di irretroattività di illeciti e sanzioni assimilabili a sanzioni penali elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo e i principi desumibili dall'art. 25, c. 2, Cost., che pare quasi il "parametro ombra" della motivazione, pur non direttamente invocato dal rimettente.

3.3. *Esame congiunto dei parametri interno e convenzionale*

In numerose occasioni la Corte costituzionale ha riunito in un'unica motivazione l'esame della violazione dei parametri interni e convenzionali, in quanto ritenuti espressione di medesimi principi. Questo schema motivazionale si caratterizza, dunque, per il fatto che l'analisi delle norme convenzionali e costituzionali è contestuale ed effettuata congiuntamente.

Nella sentenza n. 1 del 2011, per esempio, a fronte di ordinanza che lamentava l'incostituzionalità di legge retroattiva in materia pensionistica, la Corte ha ritenuto non fondata la questione sia rispetto all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, sia in relazione all'art. 111 Cost., trattati congiuntamente come espressione di un medesimo principio del giusto processo[18]. In merito a disciplina retroattiva, nella sentenza n. 170 del 2013 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di norme retroattive che estendevano il privilegio di crediti erariali in procedure concorsuali sulla base dell'esame congiunto della giurisprudenza costituzionale e convenzionale alla luce degli artt. 3 Cost. e 6 CEDU[19]. Analogo schema motivazionale è

giurisprudenza della Corte di Strasburgo; la violazione dell'art. 3 Cost. non è oggetto di separato esame e rimane implicitamente assorbita. Per inciso, nella successiva Corte cost. n. 210 del 2013, su cui *infra*, il principio di applicazione della *lex mitior* preteso dall'art. 7 CEDU è stato «ritenuto analogo» a quello espresso dall'art. 2 c.p. Per altri esempi di violazione ex art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento del parametro interno, *infra* in materia di udienza pubblica e ragionevole durata.

[18] Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 1, in materia di computo dell'indennità integrativa speciale in fattispecie di reversibilità della pensione.

[19] Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170, 4.1 ss. *Cons. dir.*: «I profili di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice rimettente [artt. 3 Cost. e 6 CEDU per il tramite dell'art. 117, c. 1, Cost.] debbono essere esaminati congiuntamente, *in modo che l'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia*

stato seguito nella successiva n. 191 del 2014, in cui la Corte ha accertato la violazione del principio del giusto processo sotto il profilo della compromissione della parità delle armi processuali sulla base degli artt. 111 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, insistendo sulla «piena corrispondenza tra principi costituzionali interni in materia di parità delle parti in giudizio e quelli convenzionali in punto di equo processo» ove siano in gioco leggi retroattive[20]. Nella sentenza n. 221 del 2015, con motivazione unitaria la Corte ha dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità relativo all'obbligo di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela del diritto all'identità di genere, rinvenuto negli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, e al diritto alla salute ex art. 32 Cost.[21]. Ancora, in sentenza interpretativa di rigetto relativa al risarcimento per detenzione inumana e degradante di condannati all'ergastolo, in esecuzione della sentenza *Torreggiani*, la Corte esamina in un unico motivo tutte le censure sollevate ai sensi degli artt. 3, 24, 27, c. 3, e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU[22].

---

letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali e, nella specie, all'art. 3 Cost., secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 […]» (corsivo nostro).

[20] Corte cost., 4 luglio 2014, n. 191, 4 *Cons. dir.*; la vicenda nasceva dall'introduzione con d.l. di requisiti professionali ulteriori per la nomina di Commissario straordinario del Governo per il Comune di Roma incidenti retroattivamente su giudizio già pendente al TAR Lazio; i parametri dell'ordinanza di rimessione erano gli artt. 77, c. 2; 111 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU; 101, 102, c. 1, 104, 108; 97 Cost.. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale ex artt. 111 e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU congiuntamente considerati, dichiarando assorbiti gli ulteriori profili. Sulla consonanza dei principi costituzionali e convenzionali su leggi che interferiscano su una controversia in corso, in un inciso già Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul caso Ilva, 12.5 *Cons. dir.*, ultimo periodo.

[21] Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, cui ha fatto seguito Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180, anch'essa interpretativa di rigetto con motivazione congiunta ai sensi degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU

[22] Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204; cfr. anche la successiva Corte cost., 13 aprile 2017, n. 83, di applicazione del risarcimento in forma specifica per inumana detenzione anche agli internati, di rigetto per l'esistenza di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme che il rimettente non aveva

Si danno poi dei casi in cui la Corte tratta congiuntamente la violazione di norma convenzionale e di alcuni parametri interni, per poi esaminare separatamente altre censure di costituzionalità fondate su profili diversi da quello comune alla CEDU e al parametro interno. Così è per l'esame degli artt. 3, 97 Cost. e dell'art. 117, c. 1, Cost., in rapporto all'art. 1 Prot. n. 1 CEDU nella sentenza n. 203 del 2016, su disposizioni finanziarie volte al contenimento della spesa sanitaria incidenti su contratti in corso con strutture private convenzionate: contestuale è il ragionamento della Corte in punto di tutela del legittimo affidamento del privato in rapporto a esigenze di tutela di interessi generali e della giurisprudenza convenzionale sui limiti all'intervento su «beni» privati giustificati da un pubblico interesse[23]. Lo stesso schema si rinviene nella sentenza n. 214 del 2016, di non fondatezza, in fattispecie relativa all'abrogazione di norma istitutiva del comparto della vicedirigenza pubblica per interferenza con un giudicato amministrativo, in cui congiunto è l'esame dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. Prot. n. 1 CEDU, in uno con l'art. 111, cc. 1 e 2, Cost., seguito dall'esame di altri separati profili di costituzionalità[24]. Parimenti, la Corte si è fatta giudice

considerato, in cui la lesione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. e dell'art. 117, c. 1, in relazione all'art. 3 CEDU sono congiunte.

[23] Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203, 6.2 *Cons. dir.*, mentre separatamente la Corte analizza le altre censure ex art. 117, c. 3, 41 e 32 Cost., per concludere per la non fondatezza.

[24] Corte cost., 3 ottobre 2016, n. 214, 4 *Cons. dir.*; nella seconda parte della motivazione è considerato un secondo gruppo di censure relative alla qualificazione, smentita, della norma impugnata come legge-provvedimento, per violazione degli artt. 3, 24, 97, 101 e 113 Cost. Nella prima parte della motivazione, dedicata alla trattazione congiunta di norme convenzionali e costituzionali, la Corte costituzionale si fa giudice dell'applicazione della CEDU nell'ordinamento nazionale, sindacando la norma impugnata sulla base degli schemi argomentativi di Strasburgo per valutare, nell'ordine, se l'art. 6 CEDU sia applicabile ad una controversia di lavoro pubblico; come si configuri, e con quali limiti, nella giurisprudenza di Strasburgo il diritto all'esecuzione di decisioni giurisdizionali definitive e vincolanti compreso nel diritto ad un equo processo; se e in che misura, secondo i criteri di Strasburgo, la norma abrogata possa dirsi sovrapponibile alla portata soggettiva e oggettiva del giudicato amministrativo; di seguito, la Corte ripercorre la giurisprudenza convenzionale sulla nozione di "bene" ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 per escludere che vi rientri la pretesa azionata dai ricorrenti, consistente nella adozione di atti di

dell'applicazione dei criteri di Strasburgo nella complessa sentenza n. 276 del 2016 in materia di sospensione dalla carica di Presidente di Regione, consiglieri regionali e amministratori locali, giudicando congiuntamente della lesione degli artt. 25, c. 2, Cost. e 117, c. 1, in relazione all'art. 7 CEDU, e separatamente ulteriori profili di incostituzionalità[25]. Più di recente, è congiunto l'esame dell'art. 117, c. 1, in connessione all'art. 1 Prot. 1, con i principi costituzionali «[s]tante la sostanziale coincidenza degli indici sintomatici della lesione dell'affidamento» elaborati nella giurisprudenza costituzionale e in quella delle Corti europee[26]. Ed è stato congiunto l'esame dell'art. 25, c. 2, Cost. e dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU in materia di confisca per equivalente, sanzione amministrativa

indirizzo prodromici alla contrattazione collettiva. Gli stessi argomenti sono ripresi per escludere la violazione del principio di parità delle armi nel processo ex art. 111, cc. 1 e 2.

[25] Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276, 5.2-5.7 *Cons. dir.*; anche qui, pur in assenza di precedenti di Strasburgo specifici, sulla scorta di un ricco apparato di giurisprudenza convenzionale la Corte valuta autonomamente la natura penale, alla luce dei "criteri Engel", delle misure amministrative di sospensione temporanea dalla carica e di decadenza, dettagliati nei sottocriteri di Strasburgo relativi alla tipologia di condotta sanzionata, al nesso tra la misura afflittiva e l'accertamento del reato, alla presenza di beni e interessi tradizionalmente affidati alla sfera penale, al procedimento attraverso cui la misura è adottata e alla presenza o assenza di discrezionalità rispetto al caso concreto, alla gravità delle conseguenze sfavorevoli, per concludere che trattasi di misura amministrativa cautelare non assoggettabile al divieto convenzionale di retroattività della legge penale. La Corte aveva precedentemente concluso per la non fondatezza del vizio di eccesso di delega ex artt. 76 e 77 Cost., e di seguito esclude con autonoma motivazione la violazione degli artt. 2, 4, c. 2, 51, c. 1, 97, c. 2, Cost. con rinvio alla sentenza n. 236 del 2015, che aveva già respinto la questione, e infine la violazione degli artt. 3 e 51 Cost. per disparità di trattamento tra i parlamentari nazionali ed europei, da un lato, e gli amministratori regionali e locali, dall'altro.

[26] Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, di non fondatezza, relativa a decreto-legge che modificava in senso peggiorativo gli incentivi per le energie rinnovabili previsti in contratti di durata con il GSE; la Corte ha previamente escluso, per il carattere potenzialmente assorbente, la violazione dell'art. 77 Cost.; segue un esame separato degli ulteriori profili di contrasto con gli art. 3 e 41 Cost. La violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. era stata prospettata sia in relazione a norme dell'Unione europea, sia in relazione all'art. 1 Prot. 1 CEDU, sicché la Corte si riferisce sia a precedenti della Corte di giustizia che a precedenti di Strasburgo.

introdotta per abuso di informazioni privilegiate depenalizzando la pregressa sanzione penale e di cui era controversa la retroattività[27].

3.4. *Esempi di esame separato e autonomo dei parametri interno e convenzionale*

L'esame del parametro interno e del parametro convenzionale come profili separati e autonomi è presente sia in sentenze di accoglimento, che in sentenze di rigetto[28]. In queste pronunce, la

[27] Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, di inammissibilità della censura ex art. 3 Cost. per difetto di motivazione e ex art. 25, c. 2, Cost. e 117, c. 1, Cost., congiuntamente considerati, per non aver valutato il rimettente se la sanzione amministrativa, qualificata dalla Corte stessa come penale ai sensi dell'art. 7 CEDU, risulti nel complesso più mite o maggiormente afflittiva rispetto al precedente reato, tanto da incorrere nel divieto di retroattività posto sia dalla norma convenzionale che dal principio costituzionale. La sentenza fa un po' da contraltare alla n. 49 del 2015, nella misura respinge espressamente la tesi per cui il giudice comune non può applicare la CEDU, se non con riferimento a casi già oggetto di puntuali pronunce di Strasburgo, affermando al contrario che questi, nell'attività che istituzionalmente gli compete ex art. 101, c. 2, Cost., pur in assenza di precedenti in termini è tenuto a interpretare e applicare i principi che si traggono dalla giurisprudenza convenzionale agli istituti del diritto interno, con il solo limite costituito dalla norma interna contraria alla CEDU, per cui è richiesto di sollevare incidente di costituzionalità (7 *Cons. dir.*).

[28] Sul fatto che tecnicamente l'assorbimento dovrebbe essere impiegato solo in sentenze di accoglimento e non in sentenze di rigetto, in quanto per pronunciare il rigetto la Corte deve passare in rassegna tutti i parametri di costituzionalità indicati nell'ordinanza di rimessione, A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 21-22 e la dottrina citata in nota 24, che pure osserva come di fatto la Corte proceda all'assorbimento anche in sentenze di rigetto e in relazione a censure autonome; sul fatto che l'identificazione del vizio abbia portata decisiva nelle decisioni di rigetto ai fini della determinazione della loro efficacia di precedente relativamente a tutti i parametri indicati nell'atto introduttivo, si veda p. 4, con rinvio a A. Pizzorusso, *Gli effetti delle decisioni delle Corti costituzionali nei giudizi ordinari*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1987, p. 916; l'A. distingue, mutuando concetti dal diritto amministrativo, tra assorbimento proprio, quando l'incostituzionalità relativa a un parametro è motivata in maniera tale da offrire risposta anche al dubbio di costituzionalità sugli altri parametri dichiarati assorbiti – il che accade quando vi è un nesso di interdipendenza o di implicazione logica tra i vizi – e assorbimento improprio, il più frequente, in cui non

motivazione relativa alla compatibilità della norma interna con la norma costituzionale e con la norma convenzionale resta distinta. Nella sentenza n. 78 del 2012, per esempio, in materia di legge di interpretazione autentica sulla decorrenza del termine di prescrizione per la ripetizione di indebito derivante da operazioni bancarie in conto corrente, l'incostituzionalità è stata volutamente pronunciata sulla base di due profili tenuti autonomi e distinti: la violazione dei cosiddetti limiti interni alla retroattività delle leggi, e dunque dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, e la violazione dell'art. 6 CEDU per assenza di «motivi imperativi di interesse generale», nella formula richiesta dalla Corte di Strasburgo per ammettersi intervento legislativo con efficacia retroattiva[29].

Tra le pronunce di rigetto, la sentenza n. 132 del 2016 ha dichiarato non fondata questione relativa a legge di interpretazione autentica in materia di retribuzione del lavoro festivo delle forze armate dopo aver esaminato separatamente la violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost. e la conformità alla giurisprudenza convenzionale per il tramite dell'art. 117, c. 1. Cost[30]. Così pure la sentenza n. 193 del 2016, in materia di retroattività della norma più favorevole per le sanzioni amministrative, su cui si tornerà a breve[31], e la sentenza n. 43 del 2017, di non fondatezza della domanda di estensione del principio di retroattività degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale oltre il limite dei rapporti

vi è nesso di interdipendenza tra le censure, sicché nulla è possibile trarre dalla sentenza sulle censure non considerate, su cui semplicemente la Corte non si è pronunciata (12 ss., 27 ss.).

[29] Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78; il punto 12 *Cons. dir.* si conclude con la violazione dell'art. 3 Cost., mentre nel successivo punto 13 *Cons. dir.* la Corte accerta l'incostituzionalità «anche per altro profilo», ripercorrendo la giurisprudenza CEDU. Gli altri parametri costituzionali invocati dalle ordinanze di rimessione (artt. 23, 24, 41, 47, 101, 102, 104, 111 Cost.) sono dichiarati assorbiti.

[30] Corte cost., 10 giugno 2016, n. 132, 4-8 *Cons. dir.* sul principio di ragionevolezza e 9-11 *Cons. dir.* sulla violazione dell'art. 117, c. 1, Cost.

[31] Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, di non fondatezza della incostituzionalità dell'art. 1 l. 24 novembre 1981, n. 689 nella parte in cui non prevede l'applicazione all'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole; separatamente è dichiarata non fondata la violazione dell'art. 3 Cost., sollevata per aver il legislatore previsto il principio della *lex mitior* per alcune sanzioni amministrative e non per altre.

esauriti anche al giudicato formatosi su sanzioni amministrative ritenute sostanzialmente penali nel senso della Convenzione. Ad una articolata disamina della giurisprudenza di Strasburgo per escludere la violazione dell'art. 7 CEDU segue l'autonoma trattazione dell'infondatezza dell'art. 25, c. 2, Cost[32]. Sempre di rigetto è la sentenza n. 94 del 2917, in tema di brevità del termine di decadenza di centoventi giorni per introdurre azione per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, in cui sono analizzati i distinti profili di violazione degli artt. 3; 24, c 1 e 113, cc. 1 e 2 Cost.; 117, c. 1, Cost., rispetto ai principi di equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che nella giurisprudenza convenzionale[33]. Separato è pure l'esame dei vizi nella sentenza n. 122 del 2017, ove sono distintamente analizzate le censure ex art. 21 Cost., 15 Cost. e art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU, in tema di restrizioni alla ricezione di libri e riviste spediti dall'esterno per i detenuti assoggettati a 41-bis. La ricognizione della giurisprudenza convenzionale è preceduta dall'inciso per cui «[è] già insita» negli argomenti spesi per i parametri costituzionali interni la non fondatezza della violazione delle norme convenzionali[34].

---

[32] Nella più recente Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, relativa alla riapertura del giudicato civile e amministrativo nei confronti sia di soggetti che avevano esperito ricorso alla Corte di Strasburgo, sia di altri soggetti in casi analoghi; la violazione degli artt. 24 e 111 è stata dichiarata inammissibile per difetto di motivazione e la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in connessione con l'art. 46 CEDU, infondata sulla base di un ampio esame della giurisprudenza CEDU e di riferimenti comparati alla legislazione tedesca, spagnola e francese. Questa impostazione della motivazione lascia sottintendere una non coincidenza tra parametri, per cui gli argomenti del rimettente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sul parametro convenzionale non sono stati ritenuti sufficienti per giustificare anche la violazione del parametro interno.

[33] Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, 8 *Cons. dir.*

[34] Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122, 7 *Cons. dir.* Per altri esempi, Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240, sulla richiesta della messa in prova prima dell'apertura del dibattimento ex art. 646-bis c.p.p., dichiara entrambe infondate, dopo separato esame, le violazioni dell'art. 3 Cost. e dell'art. 117, c.1, Cost., connesso all'art. 7 CEDU e Corte cost., ord. 8 settembre 2016, n. 207, di manifesta infondatezza per la già pronunciata n. 240 del 2015.

3.5. *Variabilità entro il medesimo ambito materiale*

L'assenza di un criterio tendenziale sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità emerge, d'altra parte, con nitidezza dall'analisi di una successione di sentenze attinenti ad un medesimo ambito materiale e a questioni di diritto analoghe. In tema di garanzia dell'udienza pubblica nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali, nella sentenza n. 93 del 2010 l'incostituzionalità è stata pronunciata sulla base del solo art. 117, c. 1, Cost., dichiarando espressamente assorbite le censure ex art. 111, c. 1[35]. Questioni simili, relative al procedimento di applicazione di misura di sicurezza avanti al magistrato di sorveglianza e al giudizio di opposizione avverso ordinanza in materia di confisca di cosa oggetto di reato, sono state decise, invece, sulla base congiunta degli artt. 111, c. 1, e 117, c. 1, Cost., confrontando i principi desumibili dalla giurisprudenza convenzionale con la *ratio* dell'istituto di diritto interno controverso e con i beni di rango costituzionale coinvolti[36].

[35] Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, su questione sollevata ex art. 111, c. 1, e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU; il parametro dell'incostituzionalità è solo l'art. 117, c. 1, ma nella motivazione si sottolinea la coincidenza dell'interpretazione di Strasburgo con altri parametri costituzionali, 7 *Cons. dir.*

[36] Corte cost., 21 maggio 2014, n. 135, avente ad oggetto gli artt. 666, c. 3, 678, c. 1, e 679, c. 1, c.p.c. nella parte in cui non consentono che la procedura di applicazione delle misure di sicurezza si svolga, su istanza degli interessati, nelle forme della pubblica udienza; anche Corte cost., 5 giugno 2015, n. 97, sugli artt. 666, c. 3, e 678, c. 1, c.p.c. nel procedimento di sorveglianza, anch'essa decisa sulla base sia dell'art. 117, c. 1, che dell'art. 111, c. 1, e Corte cost., 15 giugno 2015, n. 109, ancora sugli artt. 666, c. 3, 667, c. 4, e 676 c.p.c. in procedimento di opposizione avverso ordinanza in materia di confisca. È interessante notare che, nel riprendere testualmente i propri precedenti, la Corte costituzionale stessa dà atto del fatto che nella n. 93 del 2010 la dichiarazione di incostituzionalità sia intervenuta sulla base del solo art. 117, c. 1, mentre a partire dalla successiva n. 135 del 2014 di entrambi i parametri, ma senza motivare sulla differenza (Corte cost. n. 97 del 2015, 2 *Cons. dir.*; Corte cost. n. 109 del 2015, 3 *Cons. dir.*). In tutte queste sentenze la Corte ragiona sui beni di rango costituzionale, in particolare la libertà personale, che le misure di sicurezza toccano, per considerare la «posta in gioco» del procedimento, secondo lo schema utilizzato dalla Corte di Strasburgo per affermare l'esigenza di pubblicità dell'udienza.

In materia di irragionevole durata, il solo art. 117, c. 1, torna ad essere parametro unico per la dichiarazione di illegittimità costituzionale nella sentenza n. 184 del 2015, sul computo della durata del processo penale ai fini dell'equa riparazione, mentre la violazione dell'art. 111, c. 1, è stata dichiarata assorbita[37]. La successiva sentenza n. 36 del 2016 segue la n. 184 del 2015, in tema di illegittimità dei termini di durata previsti per lo stesso procedimento ex legge Pinto. Questa volta, però, l'incostituzionalità è dichiarata sulla base degli artt. 111, c. 2, Cost. e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, mentre ad essere assorbita è la violazione dell'art. 3 Cost.[38].

La scelta del parametro – 117, c. 1, quale parametro unico e assorbente, o considerato congiuntamente all'art. 111 Cost. – non è, perciò, univoca e la variabilità non appare giustificata da peculiarità legate alle singole ordinanze di rimessione. Le variazioni nell'uso dei parametri, d'altra parte, non determinano una sostanziale diversità degli argomenti utilizzati dalla Corte, né un diverso effetto sull'esito del giudizio nel senso dell'accoglimento o del rigetto.

3.6. *Casi in cui la preferenza per l'art. 117, c. 1, dipende dalla struttura della fattispecie*

In alcune fattispecie l'art. 117, c. 1, Cost. assume priorità, ed anzi esclusività, come parametro di costituzionalità per ragioni legate alla fattispecie esaminata. Così è, per esempio, per la fase del giudizio in cui sorge la questione di costituzionalità e la connessa esigenza di dare esecuzione a una sentenza di Strasburgo. Si tratta delle fattispecie decise nella sentenza n. 210 del 2013 e precisate nella successiva n. 57 del 2016. La sentenza del 2013 originava da un'ordinanza delle Sezioni Unite penali sollevata per violazione degli artt. 3 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, volta a dare esecuzione ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 in casi analoghi sui quali si fosse formato il

[37] Corte cost., 23 luglio 2015, n. 184; nella medesima sentenza è dichiarata inammissibile questione sollevata ex art. 3 Cost., oltre agli artt. 111, c. 1, e 117, c. 1.

[38] Corte cost., 13 gennaio 2016, n. 36, punto 8 *Cons. dir.*

giudicato e non sottoposti al sindacato a Strasburgo. La questione ex art. 3 Cost. è dichiarata inammissibile e la illegittimità pronunciata sulla base del solo art. 117, c. 1, Cost.[39]. Dietro a questa scelta del parametro, la Corte indica una precisa ragione di ordine sostanziale attinente all'oggetto del giudizio penale di esecuzione: non sarebbe possibile dubitare nel corso dell'esecuzione della conformità a Costituzione del precetto penale e della pena irrogata ormai coperti dal giudicato. A questo principio la Corte costituzionale introduce, seguendo la Cassazione, un'eccezione volta a rimuovere nei confronti di tutti i condannati che si trovino nelle medesime condizioni accertate da Strasburgo gli effetti della violazione maturata nella fase della cognizione. Proprio la necessità di dare esecuzione a sentenza di Strasburgo in casi analoghi giustifica, per la Corte costituzionale, che il parametro di costituzionalità di norma sostanziale contestata nel corso dell'esecuzione penale possa essere solo l'art. 117, c. 1, Cost.[40], mentre

[39] Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210; il tema è così inquadrato dalla Corte: «se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate dinnanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili». L'obbligo ex art. 46 CEDU di porre rimedio alla violazione accertata anche in fattispecie non oggetto del giudizio a Strasburgo in cui si è prodotta una violazione analoga comporta una cedevolezza del giudicato, giustificata per la Corte dal fatto che lo stesso ordinamento interno reputa recessivo il valore del giudicato in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato.

[40] Il punto è ribadito da Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, che dichiara l'inammissibilità della questione sollevata nel corso di esecuzione penale proprio perché attinente a un caso che lo stesso giudice rimettente riteneva *diverso* rispetto a quello che aveva originato la sentenza *Scoppola* sulla base del momento in cui era stato richiesto il giudizio abbreviato e del quadro normativo all'epoca vigente. Vi si legge che «Proprio i limiti entro cui si muove … il giudizio di esecuzione circoscrivono la questione di legittimità costituzionale, consentendola solo con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., posto che, al di fuori della verifica di compatibilità della legge con la CEDU, innescata dalla sentenza europea, la norma concernente la pena non deve essere più applicata nel processo esecutivo, con conseguente difetto di rilevanza di ulteriori questioni (sentenza n. 210 del 2013). Perciò l'ammissibilità nel procedimento esecutivo di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la norma in base alla quale è stata determinata la pena richiede l'assoluta identità tra il caso deciso dalla Corte EDU, alla cui sentenza il giudice ritiene di doversi adeguare, e il caso oggetto del procedimento a quo,

il parametro costituzionale interno resta assorbito, perché avrebbe se mai dovuto essere oggetto di incidente di costituzionalità nella fase della cognizione. La selezione del parametro è, dunque, qui strettamente connessa all'esigenza, imposta dall'art. 46 CEDU allo Stato in tutte le sue articolazioni, di rimuovere in via generale gli effetti della violazione, e a ciò provvede la questione di legittimità costituzionale sollevata come incidente nella fase dell'esecuzione penale e la conseguente dichiarazione di incostituzionalità pronunciata alla Corte.

4. *Alla ricerca di una* ratio*: la natura dei diritti in gioco*

Si è detto all'inizio del contributo che alcune questioni di costituzionalità sono state decise sulla base del solo parametro interno, anche se vi era stato un precedente analogo della Corte di Strasburgo e le ordinanze di rimessione facevano ampio riferimento alla giurisprudenza convenzionale. Il caso del segreto sul nome della madre rimasta anonima e il caso del cognome materno attengono, per riprende le parole del saggio citato in apertura, a: «delicati aspetti che riguardano in profondità il costume e la coscienza sociale, la vita di relazione e familiare, i nuovi diritti della personalità che caratterizzano la vita di relazione, familiare, sociale, sessuale di un individuo»[41].

Da questa giurisprudenza potrebbe ricavarsi l'impressione che, in quelle fattispecie, la preferenza accordata al parametro costituzionale interno possa trovare radice nella natura dei diritti in gioco. Quando è chiamata a intervenire su temi sensibili in cui, per di più, è richiesto un *overruling* di una propria precedente decisione, scegliendo il parametro interno la Corte darebbe risalto a un processo di autonoma maturazione delle norme costituzionali, dipendente

giacché ogni diversa ipotesi verrebbe ad esorbitare dai limiti propri del giudizio esecutivo» (7.1. *Cons. dir.*). E ancora, la prospettata violazione dell'art. 3 Cost. è inammissibile, perché non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza di Strasburgo, «cioè al solo caso che, come si è visto, può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione» (7.3. *Cons. dir.*).

[41] N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale"*, cit., p. 4.

dall'evoluzione di fattori normativi, sociali e culturali interni cui il parametro costituzionale reagisce. Per altro verso, questa scelta eviterebbe di alimentare l'impressione che nuove conformazioni dei diritti derivino da un *dictum* estraneo e impositivo che piega e sacrifica i principi costituzionali e le diverse sensibilità che in essi si riflettono. Vi potrebbe essere, dunque, una preoccupazione di accettazione del risultato agli occhi dell'opinione pubblica.

Ma questa tesi non delinea un criterio che ispiri l'ordine di esame dei vizi fino in fondo. Nella recente sentenza n. 272 del 2017, per esempio, sull'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato da maternità surrogata all'estero, la questione è dichiarata non fondata sulla base di un esame congiunto degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, c. 1, in relazione all'art. 8 CEDU. Controverso era l'automatismo dell'impugnazione del riconoscimento dello *status filiationis*. Il principio della tutela del miglior interesse del minore, che guida la decisione e interseca tutti i parametri indicati, è rinvenuto dalla Corte entro un quadro normativo e giurisprudenziale variegato, composto dai trattati internazionali in materia di diritti del fanciullo, dall'art. 24, c. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla giurisprudenza di Strasburgo relativa al *best interest* del minore entro gli artt. 8 e 14 CEDU, compresi i casi in materia di maternità surrogata, ma anche dalle modifiche legislative interne recenti e meno recenti, dai precedenti della stessa Corte costituzionale e dalla giurisprudenza della Cassazione. Da questi ultimi emerge la centralità dell'interesse del bambino e insieme l'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, dando rilievo giuridico alla genitorialità sociale ove non vi è corrispondenza con quella biologica[42]. Anche in questa fattispecie si trattava di un caso delicato,

[42] Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, sull'art. 263 cc., 4.1. sg. *Cons. dir.*; vi si afferma in più punti che l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta e che la necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno che internazionale. La Corte riconosce al giudice ampi margini per un bilanciamento in concreto tra la prevalenza della verità dello *status filiationis* biologico e le conseguenze sulla posizione giuridica del bambino, bilanciamento che, nelle parole della Corte, deve «tener conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso», quali la durata del rapporto instauratosi, la condizione identitaria già acquisita dal

che sfiorava il tema della maternità surrogata dal punto di vista del bambino, eppure la Corte non si è chiusa intorno al solo parametro costituzionale interno, ma ha dato risalto al principio di apertura della Costituzione alle norme internazionali.

5. *L'assenza di un ordine di esame dei vizi di costituzionalità e i suoi riflessi sul rapporto tra sistema convenzionale e ordinamento interno*

Dall'analisi effettuata non emerge un ordine di esame dei vizi di costituzionalità e di convenzionalità, né un criterio che ispiri tale ordine. Resta fermo innanzitutto che, poiché il vizio di convenzionalità si traduce in una questione di legittimità costituzionale, non si pone un problema di priorità logica collegato alla non applicazione tale da incidere sulla rilevanza, come accade per il diritto dell'Unione europea dotato di effetti diretti[43]. Tenuto questo

minore. Tuttavia, in chiusura di motivazione, la Corte suggerisce di tenere in considerazione anche «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», prospettando di valutare in concreto la possibilità di costituire con il minore un legame giuridico diverso dal riconoscimento, come quello derivante dall'adozione in casi particolari.

[43] Si veda però ora Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, su cui A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in questa *Rivista*, n. 3 del 2017, 1-13; G. Pistorio, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in *www.diritticomparati.it*, 11 gennaio 2018; i contributi pubblicati su www.forumcostituzionale.it di C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, 18 dicembre 2017; A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, 18 dicembre 2017; L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2007*, 18 dicembre 2017; R. G. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*, 28 dicembre 2017; G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, 25 gennaio 2018; D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, 24 gennaio 2018; A.O. Cozzi, *Diretta applicabilità e*

come punto fermo, la giurisprudenza costituzionale sulla CEDU conferma l'ampia discrezionalità della Corte costituzionale nella scelta dell'ordine di esame dei vizi autonomi, tra cui il vizio di convenzionalità[44].

---

sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali, 1 febbraio 2018; L. S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it., n. 3 del 2018, 31 gennaio 2018. Gli effetti della sentenza n. 269 del 2017 dovranno essere chiariti nel tempo. Ad una prima analisi, pare di poter dire che il sindacato sui diritti fondamentali, già accentrato per la CEDU, dovrebbe essere ritornato interamente nella competenza della Corte costituzionale. Rimangono, tuttavia, significative differenze tra il giudizio di convenzionalità e il giudizio relativo alla violazione della Carta dei diritti fondamentali, nella misura in cui la CEDU ha un'applicazione generalizzata alle fattispecie che sono sussumibili nelle norme convenzionali, mira ad offrire uno standard minimo nella tutela dei diritti ed è improntata al principio di sussidiarietà, mentre la Carta europea esplica effetti negli ambiti di applicazione del diritto dell'Unione definiti dai Trattati ed è parte di un ordine giuridico animato dal principio del primato; la CEDU, inoltre, trova un limite in tutte le norme costituzionali, mentre la Carta europea sarebbe tenuta al rispetto dei soli principi supremi costituzionali.

[44] In generale sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità, A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 129-169 e la relativa bibliografia: la Corte non è vincolata all'ordine con cui l'autorità rimettente ha prospettato le censure, a meno che esse non siano legate da un nesso di pregiudizialità (132 e 136); per le censure autonome, infatti, non risultano dalla giurisprudenza, sia nei giudizi in via incidentale che nei giudizi in via principale, criteri indefettibili e costantemente applicati, tali per cui alcuni vizi non vengono mai assorbiti perché esaminati per primi (169). L'A. giunge a queste conclusioni dopo aver analizzato alcune ipotesi di violazioni autonome in cui la dottrina aveva intravisto un criterio di priorità logica almeno tendenziale, che hanno trovato però smentita in altra parte della stessa giurisprudenza: così per il vizio ex art. 3 Cost. e il divieto di disparità di trattamento; per la violazione del giudicato costituzionale ex artt. 136 e 137 Cost.; per la precedenza di vizi di natura formale, come l'eccesso di delega legislativa o l'assenza di straordinarietà e urgenza dei decreti-legge, rispetto ai vizi di natura sostanziale. In questa disamina l'A. considera anche la eventuale precedenza della violazione del parametro convenzionale, in quanto concettualmente autonomo rispetto alla violazione dei parametri costituzionali sostanziali, su cui *supra*. In dottrina, per una posizione critica sull'autonomia della Corte nella selezione dell'ordine di esame dei vizi e per la necessità di una logica nell'argomentazione per garantire la certezza del diritto, l'A. rinvia a G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 409-410. La

In dottrina sono presenti opinioni divergenti sul peso assegnato dalla Corte costituzionale al parametro convenzionale: a fronte di chi ha invitato a non appiattirsi sulla giurisprudenza di Strasburgo, pur riconoscendone la ricchezza, per non perdere la complessità di profili e significati del parametro costituzionale interno[45], vi è chi considera non solo il richiamo a quella giurisprudenza, ma proprio il mancato riferimento esplicito all'art. 117, c. 1, Cost. come fonte di incertezza, perché non rende intellegibile le origini dell'interpretazione costituzionale adottata, specie se divergente rispetto a precedenti decisioni della stessa Corte costituzionale[46].

Certamente la chiarezza trae vantaggio dallo schema che tratta in maniera separata e autonoma le violazioni costituzionali e quelle convenzionali. Questo schema rende chiari i principi e i criteri di giudizio derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Ove questi principi e criteri sono direttamente esaminati entro il parametro interno, invece, è più difficile distinguere cosa venga dall'elaborazione costituzionale *motu proprio* e cosa sia tratto dalla giurisprudenza convenzionale. Questa chiarezza è particolarmente utile al controllo sulle motivazioni da parte della dottrina e dell'opinione pubblica quando la Corte costituzionale abbia già adottato una sentenza di segno diverso, per spiegare l'evoluzione interpretativa del parametro.

La considerazione del solo art. 117, c. 1, quando invocato insieme a parametri interni dichiarati assorbiti, d'altra parte, presenta elementi di debolezza sotto il profilo degli effetti delle sentenze verso i giudici comuni e verso il futuro legislatore. Quando l'esame della Corte si concentra sulla violazione del solo art. 117, c. 1, e non

---

conferma espressa del fatto che il vizio di convenzionalità è vizio autonomo si ha da Corte cost. n. 162 del 2014, *supra*.

[45] In relazione al diritto alla salute, sulle ragioni della centralità acquisita nella giurisprudenza interna dagli argomenti europei, pur appiattiti sul profilo della libertà di scelta individuale, a discapito della ricchezza dei profili di tutela offerti dalla Costituzione, che affiancano la libertà a una matrice sociale, G. Repetto, *"Non di sola CEDU…". La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, n. 1 del 2013, p. 131-166.

[46] Sempre in tema di attribuzione del cognome materno, E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 gennaio 2017.

coinvolge i parametri costituzionali interni, la soluzione raggiunta si espone al mutare dell'interpretazione delle norme convenzionali. Si intende dire che in questi casi la conformità o meno a Costituzione è fatta dipendere *soltanto* da un parametro, le norme convenzionali per come interpretate da Strasburgo, che per sua natura è suscettibile di mutare o comunque modularsi o precisarsi abbastanza rapidamente, essendo legato ai casi di specie secondo un metodo tipico della *common law*[47]. Quando, invece, la costituzionalità è valutata *anche* sulla base del parametro interno, la soluzione raggiunta, sia essa di incostituzionalità o di rigetto[48], resta ancorata alla maggiore stabilità delle norme costituzionali e costituisce un'indicazione più certa sia per i giudici che intendano sollevare nuove questioni di legittimità costituzionale, sia per il futuro legislatore che voglia intervenire sulla normativa oggetto di giudizio[49].

A questi rilievi, si possono aggiungere alcune considerazioni sul rapporto tra sistema convenzionale e sistema costituzionale che l'ordine di esame dei vizi di costituzionalità riflette. In apparenza, lo schema della trattazione separata e autonoma del parametro convenzionale e del parametro costituzionale interno accentua l'impressione di due sistemi di tutela che procedono separati e paralleli. L'impressione è confortata da alcune sentenze in cui è chiaramente definito il livello di tutela convenzionale dei diritti e quanto, invece, dipende dall'autonoma determinazione

[47] Per l'impronta di "*common law*" della giurisprudenza di Strasburgo e per la connessa difficoltà di ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, molto chiaramente V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.rivistaaic.it*, maggio 2015.

[48] Sui diversi effetti dell'assorbimento in sentenze di accoglimento e di rigetto, cfr. *supra* nota 28.

[49] Si riprende qui uno spunto di A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., 316, sulle questioni decise alla luce del solo art. 3 Cost., con altri parametri sostanziali assorbiti, che si espongono al fatto che il mutamento del *tertium comparationis* revochi in dubbio le ragioni dell'incostituzionalità ormai dichiarata, mentre se la Corte avesse deciso anche sulla base dei parametri sostanziali sarebbero più chiari i confini di un successivo intervento del legislatore; l'A. estende questo ragionamento alle norme di diritto europeo e in realtà, in nota 34, a tutte le norme interposte, in quanto suscettibili di variare. Il ragionamento può, dunque, essere esteso anche alle norme convenzionali.

dell'ordinamento interno. In materia di sanzioni amministrative, per esempio, di frequente i giudici rimettenti chiedono di estendere alcune garanzie previste per le norme penali alla luce dei criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte di Strasburgo. Per riprendere un inciso della Corte costituzionale, si tratta, in questo ambito, di un «*contesto di coesistenza, e non di assimilazione*, tra le garanzie interne e quelle convenzionali»[50]. Due linee, in definitiva, che scorrono parallele e che a volte si sovrappongono e coincidono, a volte no.

Lo schema della trattazione separata ed autonoma, inoltre, è in qualche modo più coerente con la posizione formale della Convenzione, che resta allo stato di rango subcostituzionale. La trattazione separata consente di distinguere, infatti, tra i vizi di costituzionalità che involgono direttamente l'interpretazione e applicazione di precetti costituzionali e i vizi derivanti da una fonte subordinata, che dev'essere, nelle parole della Corte, in ogni caso conforme a tutte le norme costituzionali[51].

---

[50] Corte cost. n. 43 del 2017, 4.1. *Cons. dir.*; prima di verificare se nella specie la sanzione amministrativa pecuniaria per violazione delle norme in materia di orario di lavoro dei dipendenti rientrasse nella nozione autonoma di "pena" prevista dalla Corte di Strasburgo, la Corte aveva precisato che: «L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna» (3.4. *Cons. dir.*).

[51] La posizione subcostituzionale della CEDU è ribadita, senza pretesa di completezza, in Corte cost. n. 93 del 2010, 4 *Cons. dir.*; n. 196 del 2010, 2.2.2. *Cons. dir.*; n. 113 del 2011, 8 *Cons. dir.*; n. 236 del 2011, 9 *Cons. dir.*; n. 135 del 2014, 6 *Cons. dir.*; n. 97 del 2015, 3 *Cons. dir.*; n. 109 del 2015, 4 *Cons. dir.*; n. 184 del 2015, 5 *Cons. dir.*, in cui la CEDU è definita anche «fonte sovralegislativa». Vi sono sottili

Viceversa, quando i parametri convenzionale e interno sono trattati congiuntamente ne risulta indebolito il profilo della subordinazione gerarchica ed è valorizzata l'impressione di una sovrapposizione e coincidenza tra norme convenzionali e norme costituzionali. In queste fattispecie, il parametro convenzionale non si presenta come parametro esterno autonomamente considerato, bensì gioca "dentro" l'interpretazione stessa della Costituzione. È il momento in cui le linee coincidono.

La funzione interpretativa e integrativa delle norme convenzionali non è nuova, poiché era presente nella giurisprudenza costituzionale ben prima delle sentenze gemelle[52]. Una volta, tuttavia, formalizzata la posizione subcostituzionale della CEDU, la modalità di argomentazione congiunta ha un peso diverso: mette in ombra il piano formale del rapporto tra fonti e rimarca la forza sostanzialmente costituzionale delle norme convenzionali, valorizzando la convergenza e coincidenza tra diritti appartenenti a cataloghi diversi.

Potrebbe, dunque, ipotizzarsi che l'oscillazione delle motivazioni tra trattazione separata e autonoma e trattazione

variazioni: per esempio nella n. 135 del 2014 si dice che in caso di non compatibilità con la Costituzione la norma convenzionale «che si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – rimarrebbe inidonea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.»; nelle successive n. 97 e n. 109 del 2015 si aggiunge che in quei casi la norma convenzionale «si pone, anzi, in sostanziale assonanza» con le tutele costituzionali stesse. Nelle sentenze più recenti, invece, appare tendenzialmente perdersi l'inciso del *Considerato in diritto* dedicato al richiamo alle sentenze gemelle e allo schema della norma interposta (che è rimasto prevalente rispetto allo schema del rinvio proprio della n. 349 del 2007), forse perché dato ormai per acquisito, e la Corte procede direttamente all'esame del merito del parametro convenzionale.

[52] Nell'ampia dottrina, M. Ruotolo, *La "funzione ermeneutica" delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 2000, 291 ss.; D. Tega, *Le Carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e oltre)*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, p. 953-986, e Id., *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto penale italiano*, in *Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo diritto penale europeo*, Milano, 2011, 193-239, sulle fasi della giurisprudenza costituzionale in rapporto alle norme convenzionali e ai trattati internazionali sui diritti umani.

congiunta del parametro interno e di quello convenzionale rifletta l'oscillazione, fortemente presente nella giurisprudenza costituzionale, tra l'adesione allo schema formale della norma subcostituzionale e l'integrazione tra norme *sostanzialmente* pari.

Ma occorre essere cauti. Una così netta distinzione del rapporto tra sistemi di tutela convenzionale e interno fondato sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità e sullo schema separato e autonomo, o congiunto, del rispettivo sindacato travisa ciò che si ricava dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Come si è visto, l'ordine di esame è scelto liberamente dalla Corte e se mai dipende molto dall'intreccio degli argomenti a cavallo tra norma interna e convenzionale costruito dal giudice rimettente[53].

Non solo. Anche ove la trattazione è congiunta e l'esito del giudizio affine a Strasburgo, lo schema di giudizio è impostato in modo tale da potenzialmente consentire alla Corte costituzionale di conservare un margine autonomo di valutazione. Nella sentenza n. 170 del 2013, per esempio, la trattazione congiunta è giustificata, e costituisce la premessa logica, per riprendere le affermazioni già presenti della sentenza n. 264 del 2012 sulla necessità di bilanciamento della norma convenzionale con le altre norme costituzionali, al fine di operare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti e assicurare la massima espansione delle garanzie. La trattazione congiunta, così impostata, non deriva, perciò,

[53] Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, 2 *Cons. dir.*, che costituisce uno dei rari casi in cui la Corte costituzionale ha esplicitato un ordine di esame dipendente da come era stata impostata la questione di costituzionalità. Il giudice rimettente dubitava della violazione degli artt. 117, c. 1, Cost. in rapporto agli artt. 6 e 7 CEDU e dell'art. 3 Cost. con distinti profili di incostituzionalità; affermava di essere consapevole del fatto che la giurisprudenza costituzionale avesse in più occasioni escluso il principio dell'applicazione retroattiva della norma più favorevole alle sanzioni amministrative, ma riteneva che la Corte potesse rimeditare la questione alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, per un verso, e della sopravvenuta introduzione, in diversi settori materiali, di specifiche norme che introducevano la retroattività, per altro verso. La Corte sembra seguire il ragionamento del giudice rimettente nel momento in cui afferma che giova esaminare per prima la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. «secondo l'ordine di priorità logica che nel caso in esame riveste l'accertamento della compatibilità rispetto al parametro sovranazionale», in quanto motivo principale invocato per un *overrulling* della giurisprudenza costituzionale.

necessariamente da una affinità sostanziale tra principi costituzionali e convenzionali, ma è funzionale a mantenere in capo alla Corte un autonomo margine di bilanciamento tra la norma convenzionale immessa nel sistema e le altre norme costituzionali. Nella specie, i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sono stati definiti «del tutto affini» a quelli sviluppati dalla Corte di Strasburgo, ma tenendo sempre in premessa un freno che consente alla Corte di governare il grado di integrazione[54].

[54] La subordinazione formale della CEDU evapora a favore di una considerazione congiunta dei parametri convenzionale e costituzionale in Corte cost. n. 170 del 2013, *supra*, che conclude la motivazione evidenziando la differenza con la n. 264 del 2012, in cui le disposizioni retroattive scrutinate erano volte a perseguire interessi di rango costituzionale, e le disposizioni oggetto di quel giudizio, in cui l'unico interesse sotteso alla retroattività era quello economico dello Stato parte del procedimento concorsuale, di per sé inidoneo a legittimare un intervento normativo che determinava una disparità di trattamento tra creditori concorrenti con lo Stato, frustrando le aspettative di riparto del credito che avevano legittimamente maturato (4.5. *Cons. dir.*). Sulla trattazione congiunta funzionale a una considerazione unitaria e non frazionata dei diritti costituzionali si legge in apertura di motivazione: «I profili di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice rimettente *debbono essere esaminati congiuntamente*, in modo che l'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, *sia letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali* e, nella specie, all'art. 3 Cost., secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Infatti, questa Corte ha affermato che "la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza", affinché si realizzi la necessaria "integrazione delle tutele" (sentenza n. 264 del 2012), che spetta a questa Corte assicurare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo. Pertanto, anche quando vengono in rilievo ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale "deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate", in quanto "un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative […] rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela" (sentenza n. 1 del 2013). Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione "sistemica e non frazionata" dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento 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 reciproca (sentenze n.

In sintesi, l'ordine di esame dei vizi, la considerazione o meno dell'art. 117, c. 1, Cost. e l'impostazione della motivazione in termini di esame separato e autonomo o di trattazione congiunta del parametro interno e del parametro convenzionale non sono di per sé indici sufficienti a esprimere il grado di adesione che in ciascun caso di specie la Corte costituzionale è disponibile a manifestare verso le soluzioni convenzionali.

6. *I riflessi sulla legittimazione della Convenzione*

Nei paragrafi precedenti si è osservato che l'ordine di esame dei vizi interni e convenzionali è tendenzialmente rimesso alla libera scelta della Corte costituzionale e non esprime un assetto rigido e predeterminato del rapporto tra sistemi di tutela dei diritti.

Certamente, una maggiore coerenza nell'ordine di esame dei vizi sarebbe auspicabile per la certezza del diritto, la prevedibilità delle decisioni e la possibilità di esercitare un controllo sulla motivazione. Ciò che è importante tuttavia, a nostro avviso, è che, in ciascuno degli schemi utilizzati, sia sempre presente una discussione serrata e esplicita della giurisprudenza convenzionale. Rispetto ad altre giurisprudenze costituzionali, che restano molto più restie a riferirsi estensivamente a Strasburgo, per le stesse finalità di certezza del diritto ora richiamate appare positiva la costante attenzione della Corte costituzionale ad analizzare e dare conto apertamente della giurisprudenza convenzionale, confrontando con essa gli istituti dell'ordinamento interno[55]. Come è stato osservato, anche quando le soluzioni sono divergenti, il fatto stesso di riconoscere l'esistenza dell'interlocutore esterno e di argomentare i punti di coincidenza e di

85 del 2013 e n. 264 del 2012)». (4.2. *Cons. dir.*). La stessa impostazione è presente in Corte cost., 4 luglio 2014, n. 191, 4 *Cons. dir.*

[55] Per alcuni cenni alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, che incorpora nei diritti costituzionali interni le interpretazioni di Strasburgo, ma senza farvi esplicito riferimento, sia consentito rinviare a A.O. Cozzi, *The Implicit Cooperation between the Strasbourg Court and Constitutional Courts: A Silent Unity?*, in corso di pubblicazione in *Italian Journal of Public Law*, n. 1 del 2018.

non concordanza crea un circuito positivo, di cui per vero la stessa Corte di Strasburgo pare avvantaggiarsi[56].

A questo proposito, un'ultima considerazione attiene al riflesso che gli orientamenti emersi dall'analisi della giurisprudenza costituzionale hanno sulla legittimazione del sistema convenzionale. Il tema si correla essenzialmente alle fattispecie in cui la valutazione del parametro convenzionale è "incorporata" direttamente entro l'analisi del parametro interno. Ci si chiede se questo schema motivazionale rafforzi o indebolisca la Convenzione europea agli occhi degli operatori del diritto e dell'opinione pubblica.

In un recente scritto la dottrina si è chiesta "in nome di chi" venisse esercitata la giustizia resa a Strasburgo, paventando il rischio di un'implosione del sistema convenzionale per il venir meno di un progetto politico di fondo legato ad una vera integrazione tra ordinamenti[57]. Vengono così estese al sistema CEDU le critiche mosse all'Unione europea, relative al fallimento di una integrazione

[56] La tesi della «disobbedienza funzionale» è di G. Martinico, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. *supra*.

[57] A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, cit., p. 15-41. L'espressione "In nome di chi" è ripresa dall'A. da A. Von Bogdandy, I Venzke, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, Torino, 2010. La crisi del sistema convenzionale è ricondotta dall'A. a forme di resistenza presenti sia negli Stati fondatori, come il Regno Unito – per il rifiuto di dare esecuzione alle sentenze di Strasburgo sul diritto di voto ai detenuti e il progetto dell'allora Primo Ministro Cameron di abrogare lo *Human Rights Act* – sia negli Stati dell'Est, per esempio la Federazione russa, che con legge del 2015 ha consentito alla Corte costituzionale di valutare l'esecuzione alle sentenze di Strasburgo. Questi eventi sarebbero il sintomo di una tendenza alla rinazionalizzazione dei diritti come reazione alla crisi del progetto politico di unificare un'Europa a 47 attraverso una supervisione centralizzata e giurisdizionalizzata dei diritti umani. Di fronte a tali resistenze, secondo l'A. la rifondazione del progetto politico non potrebbe poggiare sulla sola legittimazione tecnica della Corte di Strasburgo, inadeguata a questo scopo e frutto, in realtà, di una irrisolta tensione originaria tra obiettivi federalisti o idealisti, quale quello di realizzare attraverso reti giudiziarie una unità di valori, e obiettivi geopolitici o auto-interessati, come quello originario di costruire un blocco occidentale opposto al blocco sovietico e successivamente di attrarre entro la sfera occidentale gli Stati usciti dalla disgregazione di quel blocco (22-25).

attraverso i diritti e il diritto, operata solo da organi tecnici e che non sia accompagnata e guidata dalla politica. Nell'operare questa estensione, si ammette che non sia applicabile a Strasburgo la ricerca di un improbabile popolo europeo da 47 Stati, anche perché il meccanismo convenzionale resta caratterizzato da alcuni persistenti tratti internazionalistici. La ricerca è, dunque, per una legittimazione indiretta che poggia sulla mediazione degli ordinamenti nazionali. Tra gli elementi di mediazione, si dice, vi sono i giudici, e in particolare le Corti costituzionali, con il ruolo fondamentale di «diaframma» per modulare e adattare l'ordinamento interno alla giurisprudenza di Strasburgo[58].

Se si accoglie questa prospettazione, può formularsi la domanda sul se la giurisprudenza costituzionale che non tratta sempre le norme convenzionali come parametro esterno autonomo e separato alla luce dell'art. 117, c. 1, Cost., ma le considera, le descrive e le argomenta entro i parametri costituzionali interni, sia servente a questo ruolo di diaframma. In altre parole, la domanda è se trattando la giurisprudenza convenzionale entro il parametro interno la Corte costituzionale stia affermando una superiorità della Costituzione che indebolisce la legittimazione della Convenzione o se, al contrario, la legittimazione della Convenzione ne risulti avvantaggiata. Alla luce dell'analisi svolta, la nostra impressione è che il richiamo della giurisprudenza convenzionale entro l'interpretazione del parametro interno possa essere servente al ruolo di diaframma[59], perché áncora la

[58] A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU*, cit., 32-35. Gli altri «dispositivi di legittimazione indiretta basati sulla mediazione degli Stati» come «elementi di mediazione dell'autorità esercitata dalla Corte Edu» sono il controllo in sede di esecuzione delle sentenze esercitato dal Comitato dei Ministri, sempre più procedimentalizzato, ma in ogni caso ambiguo in alcune scelte di chiusura di casi delicati non realmente eseguiti, e le modifiche direttamente apportate a livello costituzionale interno per introdurre meccanismi di adattamento al diritto convenzionale, come nel caso dell'Italia l'art. 117, c. 1, Cost.

[59] Per usare un'altra espressione, di «sorta di flessibile paratia» parlava G. Silvestri, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 757-765, per descrivere il ruolo della Corte costituzionale e la necessità di «ambientazione» del diritto convenzionale nel diritto interno, al fine di evitare che quel diritto sia un «diritto tirannico» che entra automaticamente nell'ordinamento senza alcun limite, né bilanciamento; nella

legittimazione delle decisioni europee direttamente entro le norme costituzionali. In un periodo storico in cui, come già ben evidenziato dalla dottrina sopra richiamata, il sistema convenzionale è fragile, l'aperto richiamo alla giurisprudenza convenzionale, pur entro il parametro interno, non indebolisce il sistema convenzionale, ma gli dà forza. La "precedenza" in alcuni casi riservata al parametro costituzionale non deve essere necessariamente letta, detto altrimenti, in una chiave verticale di priorità logica e sostanziale, di supremazia della Costituzione. Essa, invece, può anche esprimere una interazione orizzontale tra norme convenzionali e costituzionali da cui le prime traggono legittimazione. La Convenzione europea si radica, si rafforza e trae linfa dal tessuto costituzionale. L'ancoraggio delle norme convenzionali direttamente entro il parametro interno conferisce dunque una legittimazione indiretta, ricavata in via riflessa dalla Costituzione. L'effetto è che le norme convenzionali risultano meno esposte a spinte disgregatrici e al pericolo di essere percepite come un'entità estranea e aliena rispetto al sistema costituzionale.

Abstract: Il contributo indaga se esiste un ordine di priorità logica e sostanziale nell'ordine di esame dei vizi di costituzionalità quando sia invocata la violazione sia di parametri interni, sia di norme convenzionali. L'analisi della giurisprudenza costituzionale dimostra che l'ordine di esame dei vizi e la valutazione della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., separatamente o congiuntamente ai parametri interni, non seguono un criterio costante e non sono di per sé indici capaci di esprimere il grado di adesione alle sentenze di Strasburgo.

Parole chiave: art. 117, comma 1, Cost.; CEDU; ordine di esame dei vizi di costituzionalità; convergenza o divergenza; legittimazione

«ambientazione» «si collocano le operazioni di bilanciamento» che può fare solo la Corte costituzionale e non Strasburgo, perché non opera nell'ordinamento italiano, né il giudice comune, che ha davanti un caso singolo da risolvere, per cui «si instaurerebbe un rapporto tra casi singoli, senza una visione d'insieme dell'ordinamento costituzionale».

Alessia O. Cozzi - Ricercatrice presso l'ente nazionale di ricerca Area di Ricerca Scientifica e Tecnologica – Area Science Park, Trieste (alessia.ottavia.cozzi@areasciencepark.it)

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI

Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*

Massimiliano Noccelli

SOMMARIO: 1. La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di immigrazione, asilo e acquisto della cittadinanza; 2. Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti nei confronti degli stranieri; 3. La tutela dei diritti fondamentali assicurati allo straniero avanti al giudice amministrativo.

1. *La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di immigrazione, asilo e acquisto della cittadinanza*

Il diritto dell'immigrazione, che ha tuttora nel d. lgs. n. 286 del 1998 (T.U.I. e le successive modifiche, tra le quali, per rilievo sistematico, spicca quella della l. n. 189 del 2002, c.d. legge Bossi-Fini) il proprio testo normativo di riferimento[1], ha conosciuto e continua a

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

[1] Al riguardo v., per un aggiornato inquadramento del diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno, G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, in P. Morozzo Della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza,* Santarcangelo di Romagna, 2017, p. 15 ss. Ma v. anche le trattazioni di F. Bartolini, *Stranieri. Procedimenti per l'accoglimento e l'allontanamento*, Milano, 2015, p. 3 ss. e di L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi. La tutela dei diritti civili e politici*, Milano, 2013, p. 43 ss. Per un inquadramento della materia sul piano costituzionale R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, Milano, 2012, p. 12 e ss. e G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, 2007, p. 131 ss. In chiave comparatistica, rispetto all'esperienza giuridica francese, v. anche R. Pilia, *La condizione giuridica dello straniero nell'ordinamento italiano e francese*, Napoli, 2014, p. 46 e ss. Per la condizione dello straniero alla luce del diritto eurounitario G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*[2], Torino, 2016, p. 107 ss., 175 ss. Sui profili internazionalistici ed eurounitari, in generale, cfr. A. M. Calamia, *Le norme "non statali" e lo straniero*, in A. M. Calamia, M. Di Filippo e M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2014, p. 3 ss. Molto utile anche la lettura della Fondazione Leone Moressa, *Rapporto annuale*

conoscere, anche di recente, un processo di continua rivisitazione legislativa anzitutto sotto la spinta di situazioni eccezionali e, in particolare, per l'imponente fenomeno dei flussi migratori provenienti dall'Africa e dal Medioriente, che ha interessato le sponde del Mediterraneo[2].

Tra gli studiosi che si sono occupati del tema è ormai opinione condivisa che il diritto dell'immigrazione, spesso inciso da una legislazione di carattere emergenziale, presenti un connotato peculiare rispetto ai principî generali del diritto amministrativo[3] e che lo statuto dello straniero appaia derogatorio rispetto all'ordinario quadro di regole e valori che disciplinano il rapporto tra il pubblico potere e i cittadini[4].

Si dirà che la specialità di questo statuto non può in concreto sottrarsi al rispetto dei diritti fondamentali che, sul piano del diritto internazionale, del diritto eurounitario e del diritto costituzionale interno, deve essere riconosciuto comunque e sempre allo straniero,

---

sull'economia dell'immigrazione. L'impatto fiscale dell'immigrazione. Edizione 2016, Bologna, 2016, p. 19 ss. Interessanti considerazioni anche sulle politiche migratorie cc.dd. di genere, con particolare attenzione per le immigrate, in A. Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio: nuove sfide per il diritto amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 2014, 3, p. 629-652. Quanto all'incidenza, vera o supposta, dell'immigrazione sulla genesi del crimine nella società, si rimanda all'analisi di L. M. Solivetti, *Immigrazione. Dati e considerazioni sul caso Italia*, Bologna, 2013, p. 31 ss., p. 79 ss.

[2] L'imponenza del fenomeno e la conseguente problematica dell'accoglienza sono ben note non solo agli studiosi del diritto. Sulla c.d. *crisi dei confini* v. tra gli altri le riflessioni di M. Savino, *La crisi dei confini*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2016, 3, p. 739 ss. Muove da una prospettiva intesa ad incoraggiare una azione amministrativa ispirata al multiculturalismo F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, in *Corr. del mer.*, 2012, 7, p. 643 ss.

[3] Sulla questione v. M. Consito, *I procedimenti amministrativi sul riconoscimento allo straniero degli* status *di protezione internazionale*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, p. 412-416, la quale evidenzia l'eccezione dell'immigrazione nella disciplina generale del procedimento amministrativo, dettata dalla l. n. 241 del 1990.

[4] V., con diverse sfumature, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Napoli, 2016, p. 41, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. amm.*, 2017, 2, p. 534 ss.; M. Savino, *La libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012, p. 357, il quale sottolinea la forte specialità del diritto dell'immigrazione e dei connessi poteri riconosciuti all'Amministrazione.

una volta che questi, regolarmente o meno, abbia fatto ingresso sul territorio interno e finanche, come pure si accennerà, nell'ipotesi di respingimento c.d. differito alla frontiera o comunque di trattenimento finalizzato al successivo rimpatrio[5].

Il problema interseca le politiche securitarie che l'ordinamento interno appresta, con le previsioni in materia di immigrazione, per disciplinare i flussi migratori e per eliminare situazioni di potenziale pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico, nella sua accezione tradizionale e materiale di *ordre dans la rue*[6].

Occorre anzitutto distinguere tra la posizione dello straniero che, volontariamente, sceglie di lasciare il proprio Paese per fare ingresso e soggiorno in Italia da quello che, invece, è costretto da gravi contingenze del proprio Paese a lasciarlo e a rifugiarsi in Italia, differenziando quindi, secondo una *summa divisio* ormai ben nota agli

[5] Sul tema, dopo le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio nei confronti dell'Italia, v. riflessioni di S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali: riflessioni problematiche tra normate interne, prassi amministrative e giurisprudenza CEDU,* in *Resp. civ. prev.*, 2017, 2, p. 431 ss., e di A. Saccucci, *I «ripensamenti» della Corte europea sul caso* Khlaifia*: il divieto di trattamenti inumani e degradanti e il divieto di espulsioni collettive alla prova delle situazioni di emergenza migratoria*, in *Riv. dir. intern.*, 2017, 2, p. 552 ss. Sul problema, anche esso grave, delle espulsione degli stranieri afflitti da gravi patologie cfr. anche S. Santini, *Espulsioni di stranieri afflitti da gravi patologie: una pronuncia coraggiosa della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, p. 360 ss.

[6] Sul tema v., tra gli altri, A. Pace, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista A.I.C*, 2015, 1, p. 2-3, il quale richiama la nozione di *ordre dans la rue* di Marcel Hauriou, nonché, più di recente e con specifico riferimento al tema dell'immigrazione, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 62. Di estremo interesse l'analisi condotta da M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, 2012, p. 25 ss., p. 43 ss. Si deve rilevare che la Corte di Giustizia UE, nel riaffermare l'autonomia del diritto eurounitario rispetto al sistema dei diritti fondamentali della CEDU, riconosce nella propria giurisprudenza largo spazio alle esigenze di ordine pubblico e sicurezza nazionale che giustificherebbero il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale. V., sul punto, Corte di Giustizia UE, 15 febbraio 2016, causa C-601/15, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5, p. 658, con nota di M. Pacini, *Il trattenimento dei richiedenti asilo tra Carta UE dei diritti fondamentali e Cedu,* il quale ricorda – *ibidem*, p. 663 – che, adottando una nozione molto ampia di ordine pubblico e di sicurezza nazionale, la Corte di Lussemburgo ammette che anche il ripetuto arresto di una persona per piccoli furti possa rappresentare una "grave minaccia" tale da giustificare trattenimento ed espulsione.

studiosi della materia, la posizione del c.d. migrante volontario (o economico) da quella del c.d. migrante involontario[7].

Tale distinzione, che non ha un carattere meramente descrittivo, incide infatti sulla stessa posizione giuridica dello straniero e sulla tutela giurisdizionale a lui assicurata nel nostro ordinamento, in quanto è precipuamente al migrante volontario che, nelle sue linee essenziali, si applica la disciplina del T.U.I. relativa all'ingresso e al soggiorno in Italia, mentre al migrante involontario si applica la disciplina dettata dal d. lgs. n. 251 del 2007, relativamente ai rifugiati e alle persone altrimenti bisognose di protezione internazionale, dal d. lgs. n. 25 del 2008, quanto alle procedure relative al riconoscimento e alla revoca dello *status* di rifugiato, e dal d. lgs. n. 142 del 2015, quanto alle misure di accoglienza destinate ai richiedenti asilo.

I recenti interventi normativi – e, in particolare, quelli di cui al d.l. n. 13 del 2017, il c.d. decreto Minniti-Orlando, convertito con modificazioni nella l. n. 46 del 13 aprile 2017[8] – hanno ridisegnato in parte il sistema della tutela giurisdizionale garantita allo straniero, in particolare per il c.d. migrante involontario, con la finalità di riportare ordine ed organicità ad una legislazione fattasi ormai, nel tempo, confusa e insoddisfacente ed hanno previsto l'istituzione delle sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione.

Ma la riforma ha toccato solo in parte il complesso sistema della tutela giurisdizionale per i migranti.

È noto che il nostro ordinamento, per quanto attiene alla tutela dello straniero in materia di ingresso e soggiorno sul territorio italiano, di diritto di asilo e di cittadinanza, prevede un sistema dualistico, imperniato, cioè, sulla devoluzione di talune controversie al giudice

[7] Distingue tra migranti "forzati" e migranti "economici" L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi*, cit., p. 402 ss.

[8] Cfr., sul tema, A. D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei migranti. Un'analisi critica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 4-5, p. 1218 ss. e G. Pescatore, *Le novità in materia di immigrazione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 238-245.

ordinario, quale giudice dei diritti soggettivi, e di altre al giudice amministrativo, quale giudice degli interessi legittimi[9].

Il riparto di giurisdizione anche in questa materia, tuttavia, è ben lungi dal potersi definire chiaro e lineare.

Si può partire, per comodità espositiva, dalla situazione del c.d. migrante volontario (o economico), che intenda ottenere l'ingresso e il soggiorno sul territorio nazionale per la scelta, personale e volontaria, di trasferirsi in Italia per determinate ragioni (di lavoro, di studio, etc.), ragioni alle quali corrisponde la previsione, secondo un tendenziale principio di tassatività in materia, di altrettanti specifici visti di ingresso e corrispondenti permessi di soggiorno tipizzati dal legislatore nel T.U.I.

Per quanto attiene alle materie affidate alla cognizione del giudice amministrativo, va anzitutto considerato l'art. 6, comma 10, T.U.I. devolve alla sua giurisdizione tutte le controversie inerenti al rilascio dei visti e dei permessi di soggiorno sul territorio nazionale, ad eccezione di quelle di cui si dirà, attinenti alla materia dei permessi di soggiorno per ricongiungimento familiare, la cui cognizione è ora devoluta alla cognizione delle sezioni specializzate dall'art. 3, comma 1, lett. e), del d.l. n. 13 del 2017.

Il legislatore ha infatti ritenuto che a fronte del potere, riconosciuto alla competente Amministrazione, di regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero sul territorio nazionale sulla base di taluni presupposti, fissati dal legislatore, e in base a specifiche tipologie di permessi si configuri tendenzialmente una situazione di interesse

[9] Occorre al riguardo richiamare la fondamentale ord. n. 414 del 18 dicembre 2001 della Corte costituzionale, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1291, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata dal T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, in riferimento al c.d. sistema della doppia tutela, previsto dall'art. 6, comma 10, e dall'art. 13, comma 8, del T.U.I., osservando, tra l'altro, che «*resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della Pubblica Amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali*». Nello stesso senso v. anche Cass., Sez. I, 7 febbraio 2008, n. 2973. Sull'orientamento della Corte costituzionale v., in particolare, G. Tropea, Homo sacer? *Considerazioni perplesse sulla tutela del migrante*, in *Riv. dir. amm.*, 2008, 4, p. 886-887.

legittimo in capo allo straniero, tutelabile avanti al giudice amministrativo in virtù del tradizionale riparto di giurisdizione.

Alle controversie relative ai visti e ai permessi di soggiorno si affiancano quelle, ben note all'esperienza quotidiana del giudice amministrativo, sui provvedimenti di emersione dal c.d. lavoro irregolare, tesi, cioè, a regolarizzare la posizione di lavoratori assunti "in nero", come domestici, badanti e *colf*, che intendono legalizzare la propria posizione sul territorio nazionale (come nel caso dell'art. 5 del d. lgs. n. 109 del 2012), ritenendosi perlopiù che anche in questi casi all'Amministrazione competa una valutazione discrezionale in ordine alla sussistenza delle condizioni per la regolarizzazione[10].

Il d.l. n. 13 del 2017, nell'art. 3, comma 1, lett. *e)*, come si è accennato, devolve alla cognizione del giudice ordinario anche le controversie in materia di diniego del nullaosta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari nonché quelle relative agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare, di cui all'art. 30, comma 6, T.U.I.

L'attribuzione di tale *potestas iudicandi* al giudice ordinario, anche in questa ipotesi che deroga alla generale cognizione del giudice amministrativo sui permessi di soggiorno, viene tradizionalmente giustificata dalla indiscussa natura di diritto soggettivo fondamentale del diritto all'unità familiare, alla quale corrisponderebbe l'assenza di

[10] Sul punto v. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015, n. 13570, la quale chiarisce, invece, che compete al giudice ordinario conoscere della controversia in ordine all'espulsione dello straniero in pendenza del procedimento per la regolarizzazione, di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 109 del 2012, in quanto questo potere di espulsione sussiste, pur nelle more della definizione del procedimento, quando ricorrono i casi tassativamente previsti dall'art. 5, comma 13, del d. lgs. n. 109 del 2012, ma anche in tale evenienza la posizione giuridica soggettiva dello straniero destinatario del provvedimento di espulsione è e resta di diritto soggettivo allorché l'atto dell'Amministrazione sia correlato all'accertamento positivo di circostanze o di presupposti esaustivamente individuati dalla legge, senza ulteriori spazi di discrezionalità valutativa: il che avviene, ad esempio, come ricorda la stessa Suprema Corte, «*quando l'espulsione del lavoratore straniero sia stata disposta per l'intervenuta condanna, anche con sentenza non definitiva, compresa quella pronunciata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., per uno dei reati previsti dall'art. 380 codice cit.*».

discrezionalità amministrativa e la qualificazione del provvedimento come atto dovuto[11].

Spetta poi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 13, comma 8, T.U.I., conoscere di tutte le controversie inerenti ai respingimenti[12], alle espulsioni e nelle relative misure di esecuzione, consistenti nell'accompagnamento coattivo alla frontiera, nel trattenimento dei centri di permanenza per i rimpatri (così denominati dopo la modifica dell'art. 19 della l. n. 46 del 2017, che ha convertito il d.l. n. 13 del 2017) e nell'ordine di lasciare il territorio dello Stato.

Il fondamento di tale attribuzione giurisdizionale viene rinvenuto nella considerazione, costituente ormai *ius receptum* e diritto vivente, secondo cui tali provvedimenti ablatori personali incidono sulla libertà del soggetto e, conseguentemente, su una situazione giuridica soggettiva che, per definizione, ha una consistenza di diritto soggettivo primario e incomprimibile.

Le uniche deroghe alla cognizione del giudice ordinario sono le espulsioni decretate dal Ministero dell'Interno per «*motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato*», previste dall'art. 13, comma 1, T.U.I., e quelle, pure decretate dal Ministero dell'Interno, per motivi di prevenzione del terrorismo, previste dall'art. 3 del d.l. n. 144 del 2005 (c.d. decreto Pisanu), conv. con modif. in l. n. 155 del 2005[13], entrambe affidate alla cognizione del giudice amministrativo.

---

[11] S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 559 nonché Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2005, n. 383, la quale rileva che, a differenza del permesso di soggiorno disciplinato in generale dall'art. 5 T.U.I., che è connotato da ampi spazi di discrezionalità della pubblica amministrazione, cui si correlano posizioni di mero interesse legittimo tutelabili dinanzi al giudice amministrativo, il permesso di soggiorno per motivi familiari, contemplato dall'art. 30 dello stesso T.U.I., è atto dovuto, in presenza delle specifiche situazioni tassativamente elencate, e, dunque, integra oggetto di diritti soggettivi.

[12] La materia dei respingimenti era stata ritenuta attratta alla cognizione del giudice amministrativo dal Consiglio di Stato nel parere della sez. I, 4 febbraio 2011, n. 571, in *Foro it.*, 2011, III, 654 e ss., per la ritenuta natura eccezionale dell'art. 13, comma 8, T.U.I., ma tale tesi è stata sconfessata dalla Cass., Sez. Un., 10 giugno 2013, ord. n. 14502 e 17 giugno 2013, n. 15115, entrambe in www.giust.amm.it, 2013, p. 8, con nota di N. Vettori, *Il respingimento dello straniero: le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice.* Sulla complessa questione v. anche S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 552-553.

[13] S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 541 e nt. 16.

Il legislatore ha infatti ritenuto che in queste ipotesi l'ampia discrezionalità lasciata al Ministro dell'Interno, quale organo di vertice della competente Amministrazione, nell'apprezzare la sussistenza di motivi di ordine interno o di sicurezza dello Stato o circa l'esigenza di prevenire il terrorismo, nel caso della l. n. 155 del 2005, connoti il provvedimento espulsivo nei termini di un atto di alta amministrazione, rispetto al quale la posizione dello straniero espellendo assume la consistenza di interesse legittimo, azionabile davanti al giudice amministrativo[14].

Alla giurisdizione del giudice ordinario è affidata la tutela del c.d. *migrante involontario*. e cioè, come si è accennato, dello straniero che richieda la protezione internazionale sia nelle forme previste per i rifugiati che in quelle rientranti nella c.d. protezione sussidiaria, in quanto ora l'art. 3, comma 1, lett. c), del d.l. n. 13 del 2017 affida alle sezioni specializzate dei Tribunali ordinari in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini UE tutte le controversie in tema di riconoscimento della protezione internazionale di cui all'art. 35 del d. lgs. n. 25 del 2008.

---

[14] V., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 27 luglio 2015, ord. n. 15693, la quale, confermando la sua consolidata giurisprudenza, rammenta che, in materia di espulsioni, «*diverso è il caso in cui il provvedimento di espulsione sia stato adottato per motivi di prevenzione del terrorismo o, più in generale, a causa della pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato: in tal caso la posizione giuridica dell'interessato è di interesse legittimo e la giurisdizione nella relativa controversia spetta al giudice amministrativo (cfr. d.l. n. 144 del 2005, art. 3, comma 4), essendo rimessa all'amministrazione, non una mera discrezionalità tecnica e ricognitiva al cospetto di ipotesi già individuate e definite dal legislatore nel loro perimetro applicativo, ma una ponderazione valutativa degli interessi in gioco*». V., sul punto, anche Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 88, ove si ricorda che «*trattandosi di atto che è rimesso dall'organo di vertice del Ministero dell'Interno e che investe la responsabilità del Capo del Governo, nonché l'organo di vertice dell'Amministrazione maggiormente interessata alla materia dei rapporti con i cittadini stranieri e delle problematiche ad essi inerenti, non v'è dubbio che esso sia espressione di esercizio di alta discrezionalità amministrativa*» e che alla latitudine di siffatto apprezzamento discrezionale fa riscontro la limitata sindacabilità dello stesso in sede di giurisdizione di legittimità, sindacabilità che deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco in ordine alla mancanza di una motivazione adeguata o alla sussistenza di eventuali profili di travisamento, illogicità o arbitrarietà. Sull'intera questione v., ancora, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 541 nonché E. Consito, *I procedimenti amministrativi*, cit., p. 422-423.

Va segnalato che il d.l. n. 13 del 2017, con una disposizione introdotta dal Parlamento, in sede di conversione, nell'art. 3, comma 1, lett. e-*bis*), ha devoluto alla giurisdizione delle sezioni specializzate anche l'impugnazione dei provvedimenti adottati dall'Autorità preposta alla determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale, ai sensi del Regolamento UE n. 604 del 2013 (c.d. "Dublino III"), recependo, in punto di riparto giurisdizionale, i rilievi che il Consiglio di Stato, nella sua più recente giurisprudenza, aveva formulato in ordine all'assenza di qualsivoglia discrezionalità, da parte dello Stato, nel determinare la propria competenza ad esaminare la domanda di protezione internazionale in base ai criterî prestabiliti da tale Regolamento[15].

[15] A favore della giurisdizione ordinaria, infatti, si era espresso Cons. St., sez. III, 18 dicembre 2015, n. 5738, in *Foro amm.*, 2015, 12, p. 3079, secondo cui i provvedimenti di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale ai sensi del Regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (c.d. "Dublino III") e, in particolare, di individuazione della competenza territoriale di altro Stato ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d. lgs. 28 gennaio 2008, n. 25 (cui fa seguito, ai sensi dell'art. 30, comma 1, secondo periodo, dello stesso decreto, la dichiarazione di estinzione del procedimento da parte della Commissione territoriale, alla quale il provvedimento di cui qui si tratta è stato appunto trasmesso «*per i conseguenti adempimenti di competenza*»), adottati in applicazione delle "clausole discrezionali" ai fini dell'adempimento degli obblighi dello Stato membro competente, di cui agli articoli 17 e 18 del citato Regolamento UE n. 604/2013, non possono considerarsi incidenti su mere posizioni di interesse legittimo, in quanto la procedura di protezione internazionale, in ogni sua fase (anche, dunque, quella dell'interpello dello Stato estero, della sua risposta positiva e della c.d. ripresa in carico, pur connotata dalla facoltà di tale richiesta e dalla sua procedimentalizzazione entro termini definiti e celeri: v. parr. 2 e 3 dell'art. 23 del Regolamento UE n. 604/2013), ha per oggetto il diritto soggettivo dello straniero richiedente alla protezione invocata, per nulla affievolito dalla discrezionalità valutativa attribuita dal citato *corpus* normativo al singolo Stato membro che riceva una domanda di protezione internazionale laddove viene stabilito che «*in deroga all'articolo 3, paragrafo 1, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento*» (art. 17, par. 1, del Regolamento UE n. 604/2013) o che «*uno Stato membro presso il quale una persona di cui all'articolo 18, paragrafo 1, lettere b), c) o d), abbia presentato una nuova domanda di protezione internazionale che ritenga che un altro Stato membro sia competente ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 5, e dell'articolo 18, paragrafo 1, lettere b), c) o d), può chiedere all'altro Stato membro di riprendere in carico tale persona*» (art. 23, par. 1,

Deve poi ritenersi superata la *querelle* interpretativa inerente alla giurisdizione sui cc.dd. permessi umanitari, in quanto l'art. 3, comma 1, lett. *d)*, del d.l. n. 13 del 2017, nell'istituire le più volte menzionate sezioni specializzate, ha loro assegnato, tra le altre, le controversie sul riconoscimento della protezione umanitaria nei casi di cui all'art. 32, comma 3, del d. lgs. n. 25 del 2008 e, cioè, allorquando la Commissione territoriale, rigettata la domanda di protezione internazionale, abbia trasmesso gli atti al Questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari[16].

Anche in questo caso la devoluzione del contenzioso al giudice ordinario viene giustificata dalla particolare tutela del richiedente protezione internazionale, nelle varie forme riconosciute dall'ordinamento, una situazione di diritto soggettivo pieno, tutelata dall'art. 10, comma terzo, Cost.

Non mancano tuttavia, anche per quanto attiene alla tutela giurisdizionale del richiedente protezione internazionale, alcune deroghe, che vedono affidare talune tipologie di controversie, per la loro specificità, alla cognizione del giudice amministrativo.

Ci si riferisce, anzitutto, alle misure di protezione temporanea adottate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 20 T.U.I. in caso di conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità, verificatisi in Paesi non appartenenti all'Unione europea, secondo la disciplina del d. lgs. n. 85 del 2003, che ha recepito la Direttiva n. 2001/55/CE[17].

Ma il riferimento deve intendersi, soprattutto, alla revoca delle misure di accoglienza, che il Prefetto può disporre, ai sensi dell'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015, in funzione sanzionatoria dell'inadempimento rispetto alle condizioni di accoglienza da parte dello straniero[18], provvedimento che può essere impugnato, per

---

del Regolamento UE n. 604/2013). Sul c.d. sistema Dublino v., in particolare, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 244-245.

[16] A. D. De Santis, *Le novità in tema di tutela giurisdizionale*, cit., 1220 e nt. 6, nonché Cass., Sez. Un., 19 maggio 2009, n. 11535, in *Foro it.*, 2009, I, p. 23-47.

[17] V., sul punto, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 557.

[18] Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2018, n. 80, il quale opportunamente distingue tra la cessazione delle misure, consequenziale alla cessazione dello *status* di rifugiato, e la revoca delle misure, prevista dall'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015. Sulla tematica v. anche M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit.,

espressa previsione del comma 5 dell'art. 23, davanti al Tribunale amministrativo regionale competente.

Anche in questo caso l'impugnabilità della revoca davanti al giudice amministrativo, in deroga alla giurisdizione ordinaria, sembra trovare il proprio fondamento nell'ampio potere valutativo, attribuito al Prefetto, circa il venir meno dei presupposti legittimanti la fruizione delle misure di accoglienza, come, ad esempio, in caso di condotte violente tenute dal richiedente asilo all'interno del centro, essendo la revoca ascrivibile al novero dei provvedimenti sanzionatori che risolvono il rapporto di accoglienza per effetto di trasgressioni poste in essere dallo straniero.

Infine, quanto al riconoscimento o al diniego della *cittadinanza*, fino alle recenti innovative previsioni del d.l. n. 13 del 2017 di cui ora si dirà, la giurisdizione del giudice amministrativo è stata tradizionalmente riconosciuta dalla giurisprudenza in relazione alla fattispecie dell'art. 9 della l. 91 del 1992 e, cioè, con riferimento all'acquisto della cittadinanza per concessione, in quanto, al di là della valutazione inerente ai requisiti necessari e alle cause ostative, permane in capo all'Amministrazione il potere di esercitare valutazioni e scelte ampiamente discrezionali, come tali idonee ad

---

p. 206, ove alla nt. 149 ampia casistica giurisprudenziale dei casi di revoca per trasgressione delle condizioni di accoglienza. V., di recente, T.A.R. per la Liguria, 27 ottobre 2017, n. 806, il quale rileva che «*il provvedimento in questione, attesa la sua natura sanzionatoria (cfr. art. 20 comma 4 della direttiva del Parlamento europeo 26.6.2013, n. 2013/33/UE), rivesta un carattere eminentemente discrezionale, e postuli pertanto – ex art. 23 comma 2 d.lgs. n. 142/2015 – una valutazione in concreto della singola fattispecie e della particolare situazione della persona interessata (anche sotto il profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità delle condotte accertate - cfr. art. 20 comma 5 della direttiva n. 2013/33/UE), da effettuarsi soltanto a seguito di un pieno ed effettivo contraddittorio procedimentale*» nonché, ancor più di recente, l'ordinanza del Cons. St., sez. III, 25 gennaio 2018, n. 318, il quale sospende la revoca delle misure di accoglienza adottata dalla Prefettura di Lucca nei confronti del richiedente asilo sul rilievo che tale revoca, peraltro estranea al perimetro applicativo dell'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2105, appare gravemente pregiudizievole per i diritti fondamentali di questo a fronte di un fatto di modestissimo allarme sociale (furto di indumenti depositati all'interno di un cassonetto adibito alla raccolta degli stessi), in ordine al quale la competente Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lucca ha chiesto l'archiviazione per la particolare tenuità del fatto.

attrarre le relative controversie alla giurisdizione generale di legittimità.

Esse, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia, si traducevano in un apprezzamento di opportunità circa lo stabile inserimento dello straniero nella comunità nazionale, sulla base di «*un complesso di circostanze, atte a dimostrare l'integrazione del soggetto interessato nel tessuto sociale, sotto il profilo delle condizioni lavorative, economiche, familiari e di irreprensibilità di condotta*»[19].

Meno convinta in ordine alla sussistenza della propria *potestas iudicandi* si mostrava la giurisprudenza amministrativa in riferimento, invece, all'ipotesi del riconoscimento della cittadinanza per matrimonio, previsto dall'art. 5 della l. n. 91 del 1992[20].

Accanto ad alcune pronunce dei TT.AA.RR. che assumevano sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo anche in questa ipotesi, in ragione della valutazione discrezionale che l'Amministrazione può comunque compiere in ordine all'effettivo inserimento sociale del richiedente nel tessuto civile e sociale italiano[21], si registravano difformi pronunce che, per l'acquisto della

---

[19] Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2010, n. 282. Si tratta di giurisprudenza costante: v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4498.

[20] Sulla questione v., di recente, B. Barel, *Cittadinanza*, in P. Morozzo Della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, cit., p. 386.

[21] Così, ad esempio, T.A.R. per la Campania, sede di Salerno, 11 giugno 2012, n. 1153, in *Foro amm.*, *T.A.R.*, 2012, 6, 2060, il quale reputa «*che, pur se l'art. 5 della legge 91/1992 prevede puntualmente le condizioni per la concessione della cittadinanza, l'esercizio del relativo potere, comportando comunque una valutazione della situazione giuridica dell'istante in relazione al suo effettivo e stabile inserimento nella comunità nazionale del quale il detto art. 5 indica le condizioni, attinge anche l'interesse pubblico e non solo quello (esclusivo) del privato, conseguendone che esso presenta ambiti latamente discrezionali e, quindi, sussiste la giurisdizione del G.A.*», richiamando anche le pronunce di T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, 19 settembre 2008, n. 4085, in *Foro amm.*, *T.A.R.*, 2008, 9, 2355, e di T.A.R. per il Piemonte, e di T.A.R. per il Piemonte, 7 aprile 2008, n. 546, in *Foro amm.*, *T.A.R.*, 2008, 4, 937, e ricorda che in proposito «*è conferente richiamare la decisione n. 6526 del 18/12/2007 della Sezione VI del Consiglio di Stato che, in un caso del tutto analogo a quello in esame, proprio sulla valutazione dell'assenza delle condizioni di accesso alla cittadinanza italiana, ha avuto modo di affermare che le condizioni medesime devono concretarsi non solo nel dato formale della celebrazione di un matrimonio tra lo straniero e il cittadino italiano, ma anche nella conseguente instaurazione effettiva di un rapporto coniugale, tale da dimostrare l'integrazione dello straniero nel tessuto sociale e civile italiano*». D'altra parte, si legge ancora nella

cittadinanza per naturalizzazione, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 91 del 1992 o anche per matrimonio, ai sensi del già richiamato art. 5 della stessa legge, negavano la giurisdizione del giudice amministrativo sul rilievo che, trattandosi di riconoscimento non discrezionale, ma vincolato all'accertamento di una situazione familiare *ex lege* prevista, detto acquisto attenesse ad una posizione giuridica di diritto soggettivo pieno e, come tale, tutelabile avanti al giudice ordinario[22].

Più in generale, e distinguendo le singole ipotesi di diniego, la giurisprudenza era giunta ad affermare che sussistesse la giurisdizione del giudice amministrativo solo quando a fondamento del diniego stesso il Ministero dell'Interno opponesse la sussistenza di motivi inerenti alla sicurezza nazionale, di cui all'art. 6, comma 1, lett. *c)*, della l. n. 92 del 1991, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 6, comma 1, lett. *a)* e *b)*, sussisteva la giurisdizione del giudice ordinario.

Questo secondo orientamento, conforme al tradizionale criterio di riparto della giurisdizione in base al *petitum* sostanziale e fatto proprio dalle Sezioni Unite in pronunce ormai risalenti, ma a quanto

---

pronuncia n. 1153 del giudice amministrativo lombardo, «*il più volte richiamato art. 5, diversamente dalla previsione normativa anteriore alla sua sostituzione operata dal comma 11 dell'art. 1 della legge n. 94/2009, indica che lo straniero "può" acquistare la cittadinanza italiana (s'intende nella sussistenza delle condizioni dal medesimo art. 5 previste), escludendo pertanto che l'attività amministrativa in materia manchi di ogni valutazione discrezionale in ordine all'interesse generale della collettività*». Anche la evocata pronuncia di Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 6526, in *Vita not.*, 2007, 3, 1134, pur senza prendere posizione sulla questione della giurisdizione, evidenzia che il requisito per l'acquisto della cittadinanza italiana consiste non soltanto nel dato formale della celebrazione di un matrimonio (inteso in una prospettiva di atto-rapporto) tra lo straniero ed il cittadino italiano, ma anche nella conseguente instaurazione di un vero e proprio rapporto coniugale (con le sue concrete connotazioni tipiche stabilite dall'art 143 c.c.: fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione) perdurante da almeno tre anni e tale da dimostrare l'integrazione dello straniero nel tessuto sociale e civile nazionale.

[22] V., *ex plurimis*, le pronunce del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 10 marzo 2015, n. 3962, ined., del T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia, 16 luglio 2014, n. 376, in *Foro amm.*, 2014, 7-8, 2121, il quale eccettua l'unica ipotesi, per la quale ricorrerebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, e cioè quella in cui la cittadinanza sia negata per motivi inerenti alla sicurezza nazionale, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. c), della l. n. 92 del 1991, e del T.A.R. per l'Emilia Romagna, sede di Bologna, 11 febbraio 2013, n. 99, in *Foro amm., T.A.R.*, 2013, 2, 460.

consta mai superate[23], è stato poi recepito anche dal Ministero dell'Interno nella direttiva del 7 marzo 2012, che ha trasferito ai Prefetti la competenza all'adozione dei provvedimenti di riconoscimento o di diniego fondati sulle ipotesi della lett. a) e della lett. b) del comma 1 dell'art. 6 della l. n. 92 del 1991, sul presupposto che tali atti siano «*privi di valutazione discrezionale e tanto più di valenza "politica", da emanarsi una volta accertate la sussistenza o meno dei requisiti prescritti e l'assenza o meno di determinati pregiudizi penali*».

Da ultimo l'art. 3, comma 2, del d.l. n. 13 del 2017 ha devoluto l'intera materia alla cognizione del giudice ordinario, prevedendo, più in particolare, che le sezioni specializzate siano competenti per le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia e dello stato di cittadinanza italiana.

Non può tacersi che la visione della materia è sensibilmente mutata per effetto di quanto ha statuito la Corte costituzionale con una recente pronuncia dal carattere additivo, la sentenza n. 258 del 7 dicembre 2017, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della l. n. 92 del 1991, nella parte in cui non prevede che sia esonerata dal giuramento la persona incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una grave e accertata condizione di disabilità[24].

Il giudice delle leggi ha chiarito che l'inserimento sociale, ove siano soddisfatte le altre condizioni previste dalla legge che regola l'acquisizione della cittadinanza, è evidentemente impedito dall'imposizione normativa del giuramento alla persona che, in

[23] V., sul punto, Cass., Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7441, in *Foro amm.*, 1995, 304. Nello stesso anche Cass., Sez. Un., 27 gennaio 1995, n. 1000, in *Giust. civ., Mass.*, 1995, 206, nonché lo stesso Consiglio di Stato nel parere n. 7 del 10 giugno 1999 dell'Adunanza Generale. Sul punto v. anche L. Tria, *Stranieri, extracomunitari e apolidi*, cit., p. 707-708.

[24] Sul punto v. anche Cons. St., sez. III, 12 dicembre 2013 n. 4976, che sospende il diniego di cittadinanza (presupposto per cure), opposto ad un tutore che agiva in nome e nell'interesse di un soggetto apolide, orfano, malato e interdetto, sulla base della previsione, poi dichiarata incostituzionale dal giudice delle leggi, che l'incapace non potesse prestare il giuramento. Sul punto v. anche F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo nel sistema multilivello delle tutele*, p. 10.

ragione di patologie psichiche di particolare gravità, sia incapace di prestarlo.

La necessità di esso, e la mancata acquisizione della cittadinanza che, in sua assenza, ne consegue, può determinare una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale, e può inoltre determinare una ulteriore e possibile forma di emarginazione, anche rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza.

Questa pronuncia, di grande rilievo sistematico per i principî affermati anzitutto in materia di disabilità e di inserimento sociale, sembra confermare la nuova impostazione legislativa nella devoluzione dell'intera materia alla cognizione del giudice ordinario, nella misura in cui perviene ad una nozione inclusiva e non discriminatoria di cittadinanza, alla quale anche il cittadino disabile può e deve aspirare, senza essere discriminato per la sola mancanza dello *status civitatis*, in violazione degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost.

Tutte le ipotesi sin qui considerate mostrano, ad ogni modo, come il criterio di riparto della giurisdizione, nelle controversie che riguardino gli stranieri, non possa dirsi stabile ed univoco, nonostante l'indubbio, condivisibile, sforzo di risistemazione profuso dal legislatore, con la previsione dell'art. 3 del d.l. n. 13 del 2017.

La dottrina che ha più di recente ha studiato il problema, nel rimarcare l'assenza di tale omogeneità, ha evidenziato che il riparto tra le giurisdizioni nel diritto dell'immigrazione non può univocamente fondarsi né sulla distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale dell'Amministrazione né sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi né sulla teoria dell'affievolimento[25].

Non sul primo, anzitutto, perché la materia, al pari di altre, conosce ipotesi in cui a fronte di una attività vincolata, secondo lo schema norma/fatto/effetto, si radica la giurisdizione del giudice

[25] S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 578 e ss. Più in generale, sulla consistenza sostanziale dell'interesse legittimo e sul riparto di giurisdizione, v. ora le considerazioni di F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 399 ss.

amministrativo (si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato sia rifiutato per il c.d. *automatismo espulsivo*, di cui all'art. 4, comma 3, T.U.I., in presenza di condanne penali per i delitti di cui all'art. 380 c.p.p.)[26] e, per converso, a fronte di una attività discrezionale, secondo il modulo norma/potere/effetto (si pensi all'espulsione prefettizia dello straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare o che, comunque, sia un familiare ricongiunto), sussiste la giurisdizione del giudice ordinario[27].

Non sul secondo, fondato sul tradizionale criterio del *petitum* sostanziale e della *causa petendi*, perché non vi è dubbio che lo straniero, il quale lamenti che il diniego del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato non abbia valutato la sua situazione familiare, laddove rilevante, fa valere una situazione giuridica soggettiva fondamentale, "trasversale" ad entrambe le giurisdizioni, e per converso l'impugnazione del provvedimento espulsivo avanti al giudice ordinario presuppone, sovente, una contestazione circa il cattivo esercizio del potere da parte del Prefetto.

Non sul terzo, infine, perché la teoria dell'affievolimento[28], secondo cui il giudice ordinario conosce di diritti indegradabili e inaffievolibili dall'esercizio di qualsivoglia potere amministrativo, non riesce a dar conto dell'evidenza, facilmente verificabile in sede giurisprudenziale, che anche provvedimenti amministrativi, espressivi di un potere pubblico, possono incidere su situazioni giuridiche soggettive cc.dd. assolute in questa materia e che queste situazioni sono azionabili dal giudice amministrativo, che ne può tutelare e sovente ne tutela l'esercizio e ne assicura la soddisfazione.

Condivisibile è, allora, l'impressione, almeno ad una prima analisi, che in questa materia il criterio del riparto sia affidato ad «*una pluralità di criteri diversi o forse ad esigenze eminentemente pratiche*»[29].

---

[26] Sul tema si ritornerà nel § 2. V., comunque, S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 579.

[27] V. ancora sul punto S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 579.

[28] Per la critica a questa ormai obsoleta teoria, che trova tuttavia ancora un'eco lontana e riflessa nella teoria dei cc. diritti indegradabili, seguita in diverse pronunce della Cassazione, anche a fronte dell'esercizio dei poteri pubblici, F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 103.

[29] S. D'Antonio, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 592.

Cionondimeno, dovendo trarre alcune conclusioni da questo primo sommario inquadramento in ordine alla giurisdizione del giudice amministrativo, è possibile in via sintetica affermare che, tendenzialmente, al giudice amministrativo sono affidate le controversie nelle quali il giudice, nel valutare il corretto o meno esercizio di un potere pubblico, è chiamato a sindacare, oltre che la legittimità, la ragionevolezza e la proporzionalità del suo esercizio, inteso a regolare l'ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale per limitati periodi o l'ottenimento di uno *status* a tempo indeterminato (quello di lungosoggiornante UE, ai sensi dell'art. 9 T.U.I., o, addirittura, di cittadino), in presenza di determinati requisiti, predisposti dalla legislatore, o nella valutazione di situazioni anche non tipizzate, affidate alla discrezionalità amministrativa, che rivelino la pericolosità della sua presenza per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

L'esercizio di tale potere, inteso a regolare i *flussi migratori* ammessi per specifiche ipotesi (i visti di ingresso, i diversi permessi di soggiorno previsti dal T.U.I.) e a prevenire *situazioni di pericolo* per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, può intersecare, e spesso tocca, *indirettamente* situazioni fondamentali dell'individuo, inscindibilmente legati ad esso (si pensi alla situazione familiare del richiedente il permesso di soggiorno per motivi di lavoro), ma nell'ottica del legislatore resta preminente la volontà di affidarne la cognizione al giudice naturale della legittimità del potere e, cioè, al giudice amministrativo, chiamato ad effettuare la ponderazione comparativa di un interesse pubblico *primario* in rapporto ad altri interessi, quelli dello straniero, *secondari* rispetto a tale interesse, ma non per questo necessariamente recessivi o soccombenti nei suoi confronti[30].

Anche i diritti fondamentali possono essere lesi e conformati dall'esercizio del potere amministrativo, come si dirà, perché essi non sono *assoluti*, nel senso etimologico di *ab-soluti*, e cioè sciolti dalla doverosa comparazione, secondo la tecnica del bilanciamento, con

[30] Sottolinea M. Consito, *I procedimenti amministrativi*, cit., p. 413, come la disciplina dell'ingresso, del soggiorno e dell'allontanamento dello straniero dal territorio sia declinata nel potere discrezionale di difesa dell'integrità nazionale attraverso la regolamentazione dei flussi quale prerogativa esclusiva dello Stato sovrano.

altri valori assurti nella valutazione dal legislatore, nell'esercizio non irragionevole della propria discrezionalità, a preminente interesse pubblico.

Le controversie affidate al giudice ordinario si connotano, invece, perché la valutazione circa la correttezza del potere esercitato, imprescindibile anche in molte di tali controversie, incide *direttamente* su tali situazioni fondamentali (i permessi di soggiorno per motivi familiari, le condotte discriminatorie a danno dello straniero di cui all'art. 43 T.U.I., i respingimenti e le espulsioni e, in generale, tutte le misure limitative della libertà dello straniero, la posizione dei rifugiati e dei richiedenti protezione internazionale, i permessi per motivi umanitari, la posizione giuridica soggettiva dei cittadini UE), e per questo l'incisione diretta, da parte del provvedimento, radica la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti.

Anche questo è, naturalmente, un criterio meramente descrittivo e tendenziale, nel panorama complesso ed eterogeneo della legislazione in materia, ma che risponde appieno, sul piano processuale, alla *ratio* della giurisdizione di legittimità, quale delineata dall'art. 7 c.p.a., e soprattutto, sul piano sostanziale, alla natura dell'interesse legittimo, quale situazione giuridica soggettiva, dotata di autonoma consistenza sostanziale e distinta dal diritto soggettivo, che dialoga col potere[31].

Ciò che muta, nell'attribuzione delle controversie all'una o all'altra giurisdizione, è la *rappresentazione*, per così dire, del rapporto tra autorità e individuo, che nell'ambito della giurisdizione amministrativa muove sul piano generale ed *ex parte auctoritatis* dalla correttezza del potere autoritativo, conferito all'Autorità, e nell'ambito della giurisdizione ordinaria prende le mosse, sul piano particolare, ed *ex parte subiecti* dalla consistenza della posizione giuridica soggettiva, riconosciuta al privato, tanto che, tendenzialmente (anche se non necessariamente)[32], solo al primo viene

[31] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 403: «*si può dire che l'interesse legittimo fronteggia, nel rapporto giuridico, la situazione giuridica soggettiva denominata potere pubblico*».

[32] Proprio in questa materia la Corte costituzionale, con l'ordinanza n. 414 del 18 dicembre 2001 già sopra richiamata alla nt. 9, ha chiarito che «*resta rimesso alla scelta discrezionale del legislatore ordinario – suscettibile di modificazioni in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti*

riconosciuta la capacità di annullare l'atto illegittimo e di rimuoverlo dal mondo giuridico, quale scorretta manifestazione di tale potere, mentre al secondo solo di disapplicarlo, con riferimento a quella situazione.

In entrambi i casi, pur essendo diverso, per così dire, il punto di partenza e la prospettiva di lettura, il risultato, sul piano effettuale e, soprattutto, della tutela giurisdizionale, non è diverso, poiché in entrambi perviene all'esito di rimuovere l'effetto pregiudizievole dell'atto nei confronti del soggetto leso, rientrando nella discrezionalità del legislatore, come la Corte costituzionale ha più volte affermato, "dosare" le tecniche di tutela tra l'una e l'altra giurisdizione e nell'una o nell'altra giurisdizione.

Il sostrato sostanziale della situazione giuridica soggettiva incisa non muta sulla base della sola mutevole attribuzione legislativa della controversia all'una o all'altra giurisdizione, ma muta solo la considerazione con cui l'ordinamento ne valuta la capacità di influire a livello procedimentale sulla ponderazione dell'interesse pubblico, da parte dell'Amministrazione competente, in relazione ad altri valori dell'ordinamento, laddove nell'interesse legittimo tale posizione giuridica viene ritenuta meritevole di protezione se e nella misura in cui questa ponderazione, che spetta all'Amministrazione effettuare nell'ambito del procedimento, non sia avvenuta violandone la forma o sia comunque nella sostanza irragionevole, illogica o discriminatoria[33].

E ciò, salvo ritornare sul tema più ampiamente nel § 3, spiega perché la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti allo straniero

---

sostanziali – il conferimento al giudice ordinario o al giudice amministrativo del potere di conoscere ed eventualmente annullare un atto della pubblica amministrazione o di incidere sui rapporti sottostanti secondo le tipologie degli interventi giurisdizionali».

[33] F.G. Scoca, *L'interesse legittimo*, cit., p. 401, rileva che «*il tasso di consistenza (o di tutela) dell'interesse legittimo è misurabile in relazione alla disciplina che riguarda, in modo più o meno incisivo, l'esercizio del potere; nel senso che maggiori sono le regole, formali e sostanziali, che attengono al percorso dell'esercizio del potere, limitandone la libertà, più ampie sono le facoltà di partecipazione a tale percorso e di influenza sul risultato dell'esercizio, ossa sull'asseto di interessi che ne deriva, maggiore è il livello di tutela che assicura l'interesse legittimo*». Anche la Corte costituzionale, nella già citata ordinanza n. 414 del 2001, rammenta che «*non sono isolate le differenziazioni di tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, secondo le fasi procedimentali e la posizione fatta valere dal privato*».

avanti al giudice amministrativo non sia meno intensa ed effettiva rispetto a quella assicurata dal giudice ordinario.

2. *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti nei confronti degli stranieri*

Strettamente connesso al tema della giurisdizione amministrativa, sinora trattato, e necessariamente consequenziale ad esso, è il problema inerente all'ampiezza e ai limiti del suo sindacato giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi nei confronti degli stranieri, sui quali il giudice amministrativo è stato chiamato a misurarsi sin dalla sua "comparsa" nel nostro ordinamento e, cioè, dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889[34].

Nozioni come sindacato "forte" o "debole", "estrinseco" o "intrinseco", tradizionalmente in voga tra la dottrina e la giurisprudenza, rischiano di essere insufficienti, se non addirittura fuorvianti, nell'inquadramento dello specifico problema[35], perché esse, chiuse entro rigide dicotomie e astratti schematismi ormai logori, eludono la questione centrale della materia in un moderno ordinamento giuridico: l'effettività della tutela giurisdizionale che il giudice amministrativo è chiamato ad assicurare.

La forza dei poteri cognitori, istruttori e decisori del giudice amministrativo, infatti, in questa materia si fa più penetrante in misura inversamente proporzionale al *tasso di discrezionalità* del potere che il legislatore ha voluto riconoscere all'Amministrazione nella cura

[34] V., sul punto, P. Esperson, *I decreti di espulsione degli stranieri e la quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Arch. giur.*, 1895, LV, p. 595, il quale ricorda come, ad esempio, i decreti di espulsione dello straniero fossero ritenuti non impugnabili, secondo la prima giurisprudenza del Consiglio di Stato chiamata a pronunciarsi, perché aventi natura politica: v. Cons. St, sez. IV, 24 novembre 1891, n. 143, in *Giust. amm.*, 1891, p. 408. Sulla questione cfr. M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 51 e nt. 57.

[35] Sul tema v. in generale, di recente, l'analisi di F. Follieri, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, San Giuliano Milanese, 2017, p. 540 ss. e di R. Villata, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2014, p. 287 e ss. Per quanto attiene alla tutela giurisdizionale dello straniero avanti al giudice amministrativo v., in particolare, A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 821.

dell'interesse pubblico attribuitole, ritenuto preminente alla stregua di un bilanciamento che però, incidendo sui diritti fondamentali dello straniero, non può essere arbitrario e discriminatorio, come si vedrà, e che proprio per questo ha subito progressivi temperamenti e rimodulazioni per effetto delle pronunce delle Corti superiori, nazionali e sovranazionali.

Un primo approccio alla materia, infatti, indurrebbe a ritenere che maggiore è il contenuto discrezionale di questo potere inteso a valutare la posizione dello straniero sul territorio nazionale, per la complessità o la delicatezza dell'interesse pubblico ad esso sotteso, minore sia la capacità, per il giudice amministrativo, di sindacarne la ragionevolezza, ma questo approccio, sino a non molti anni addietro non infrequente nella stessa giurisprudenza amministrativa, può dirsi ora superato dalla necessità, fortemente avvertita dalla giurisprudenza amministrativa negli anni più recenti, che l'esercizio del potere non trasmodi, sostanzialmente, in un insindacabile arbitrio, sul piano sostanziale, che si trasformerebbe in una denegata giustizia, sul piano processuale, così conculcando, senza rimedio effettivo, i diritti fondamentali dello straniero[36].

La dottrina che si è occupata del sindacato giurisdizionale amministrativo sugli stranieri ha osservato che le tecniche di controllo giudiziale si spingono ben oltre una verifica circa la mera legalità procedurale sull'operato dei pubblici poteri in questo settore dell'ordinamento – al di là, quindi, della mera e sbrigativa "caccia" al vizio formale e all'errore procedimentale – ma giungono a sindacare, in un *percorso incrementale* di cui meglio si dirà, la logicità e la ragionevolezza della motivazione del provvedimento, in nome e per un principio di legalità sostanziale, e in questa tendenza ha ravvisato i più rilevanti «*profili evolutivi del fenomeno*»[37].

La casistica giurisprudenziale conosce un ventaglio di ipotesi, davvero significative, che danno conto di questa linea evolutiva, non

[36] Sul tema dei diritti fondamentali v. P. Ridola, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006, p. 168-172, con particolare riferimento alla inviolabilità di tali diritti, nonché M. Immordino, *Pubbliche amministrazioni e tutela dei diritti fondamentali dei migranti*, in www.federalismi.it, 2014, 19, p. 3, la quale evidenzia che la questione di fondo, nella tutela dei diritti fondamentali dello straniero, sta nel rapporto tra diritti dell'uomo e diritti del cittadino.

[37] A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 822.

sempre sicura e coerente, tra le stesse pronunce dei giudici amministrativi, ma ad ogni buon conto chiara e consapevole.

Si possono prendere le mosse nell'analisi di questa casistica, anzitutto e per esempio, dalla disciplina dei visti di ingresso sul territorio nazionale.

L'art. 4, comma 2, T.U.I. prevede che il visto di ingresso possa essere negato allo straniero per motivi di ordine pubblico senza alcuna motivazione, e tanto in deroga espressa all'obbligo generale di motivazione di cui all'art. 3 della l. n. 241 del 1990, salvo per quando riguarda le domande di visto presentate ai sensi degli artt. 22, 24, 26, 27, 28, 29, 36 e 39 T.U.I, il cui diniego, invece, deve essere motivato.

Eppure, soprattutto dopo il forte richiamo della Corte costituzionale, sulla scorta della giurisprudenza amministrativa, circa la imprescindibile centralità della motivazione quale baricentro del provvedimento amministrativo e baluardo di legalità sostanziale[38], la stessa giurisprudenza amministrativa, a fronte di una disposizione – ormai – di dubbia costituzionalità quale quella in esame, non ha mancato di censurare la illegittimità dei dinieghi, ancorché non motivati, quante volte l'Amministrazione non abbia in giudizio dimostrato ragionevolmente la sussistenza di tali ragioni, riconducibili ai motivi di ordine pubblico, anzitutto, come sovente accade, per quanto attiene al c.d. *rischio migratorio*[39].

La sussistenza di ragioni attinenti all'ordine pubblico, ancorché non debba essere dunque essere motivata nel provvedimento

[38] Occorre al riguardo richiamare la fondamentale ordinanza di Corte cost., 26 maggio 2015, n. 92, in *Giur. cost.*, 2015, 3, p. 784, la quale ha ribadito come «*il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti*». La Corte menziona a conforto di tale suo orientamento la costante giurisprudenza amministrativa: v., per tutte, la pronuncia di Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1048. Sulla questione, nel sottolineare la centralità dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990 come fondamentale norma sull'attività decisionale, v. A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 888.

[39] V., sul punto, T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 2 aprile 2009, n. 3565, in *Foro amm.*, 2009, 4, p. 1089.

negativo, può e deve essere sindacata dal giudice amministrativo, al fine di non frustrare le legittime aspettative del richiedente e di assicurarne, quindi, la pienezza della tutela giurisdizionale avverso atti eventualmente arbitrari adottati dall'Amministrazione.

Analogo orientamento si è registrato nella giurisprudenza amministrativa – prima, come si è accennato nel § 1, che la materia della cittadinanza fosse devoluta alla cognizione delle sezioni specializzate dall'art. 3, comma 2, del d.l. n. 13 del 2017 – per i dinieghi di riconoscimento della cittadinanza per naturalizzazione, ai sensi dell'art. 9 della l. n. 92 del 1991, allorché il Ministero dell'Interno abbia opposto ragioni attinenti, ad esempio, alla sicurezza nazionale[40].

Egualmente è a dirsi per le espulsioni ministeriali per motivi di ordine pubblico o per prevenzione antiterroristica che, come si è accennato nel § 1, rientrano nella cognizione del giudice amministrativo.

E va ricordato che anche sulle revoche delle misure di accoglienza, previste dall'art. 23 del d. lgs. n. 142 del 2015, di cui si è detto nel § 1, la giurisprudenza amministrativa non manca di esercitare un sindacato attento, che afferma la necessità delle garanzie procedimentali (e, in particolar modo, quella dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, relativa alla comunicazione di avvio del procedimento), a fronte di provvedimenti che assumono carattere sanzionatorio.

La forza del sindacato giurisdizionale aumenta, per estensione ed intensità, via via che decresce il tasso di discrezionalità, lasciato al potere amministrativo, nel doveroso bilanciamento con altri valori, ritenuti parimenti meritevoli di tutela se non, in taluni casi, addirittura prevalenti per la loro dignità costituzionale o internazionale, riconosciuta non solo dalla Costituzione e dai Trattati internazionali o dalle fonti eurounitarie, ma dalla giurisprudenza delle Supreme Corti, nazionali o sovranazionali[41].

---

[40] Cons. St., sez. III, 11 maggio 2016, n. 1874.

[41] Sul punto v. A. D'Atena, *Le stagioni del costituzionalismo nel suo rapporto con la tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. e soc.*, 2017, p. 15, il quale sottolinea l'ancoraggio ormai internazionale della garanzia dei diritti fondamentali, nonché C. Marchese, *I diritti sociali nell'epoca dell'*austerity*: prospettive comparate*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 1, p. 170, che, all'esito di una accurata analisi delle varie giurisprudenze costituzionali nei singoli Stati, rileva come loro tratto saliente, e

La giurisdizione amministrativa, nel dialogo incessante con le Supreme Corti, ne recepisce e attua i principî di diritto, secondo il modulo del c.d. *costituzionalismo multivello*, completandone e inverandone la tutela giurisdizionale, con pienezza ed effettività, avverso gli atti dell'Amministrazione[42].

Si possono qui citare due esempi assai ricorrenti nella casistica giurisprudenziale, che dimostrano come questo sindacato giurisdizionale "cresca" di intensità e si faccia più penetrante, nell'attuazione di tali principî e secondo la logica incrementale cui sopra si accennava, con un pieno accesso ai fatti posti a fondamento della decisione amministrativa e una rigorosa verifica del corretto uso del potere, sul piano della motivazione, e in termini di ragionevolezza, nella misura in cui l'uso di tale potere si ponga in contrasto irrimediabile con i diritti fondamentali dello straniero[43].

Il primo esempio attiene alla *valutazione del reddito* che lo straniero richiedente il permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato deve dimostrare, reddito che, secondo le disposizioni vigenti in materia, deve essere almeno pari all'importo annuo dell'assegno sociale che, per il 2017, ammonta ad € 5.824,91.

Il possesso di un reddito minimo idoneo al sostentamento del cittadino extracomunitario e del suo nucleo familiare, per costante giurisprudenza, costituisce condizione una soggettiva non eludibile, perché attiene alla sostenibilità dell'ingresso e della permanenza dello straniero nella comunità nazionale e garantisce che egli contribuisca al progresso anche materiale della società e non si dedichi ad attività illecite[44].

La misura di detto requisito reddituale, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, non è indeterminata, come si è accennato, e

---

comune, sia una concezione dei diritti sociali quali strumenti di sviluppo della persona necessari al fine di realizzare una effettiva partecipazione democratica.

[42] F. Patroni Griffi, *Corti nazionali e corti europee verso un diritto europeo dei giudici* oltre *la crisi del processo di integrazione?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2017, 2, p. 449 ss. e A. Pajno, *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. dir. ital. pubbl. com.*, 2017, 2, p. 467 ss.

[43] Sul canone di ragionevolezza quale garanzia dei diritti fondamentali, anche in una prospettiva comparatistica, v. le considerazioni di G. Romeo, *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: la trasformazione del giudizio di ragionevolezza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2017, 2, p. 279 ss.

[44] Cons. St., sez. III, 9 aprile 2014, n. 1687.

lasciata ad una valutazione caso per caso, bensì è stabilita, per il lavoro subordinato, dall'art. 29, comma 3, lettera *b)*, ormai anche richiamato dall'art. 22, comma 11, T.U.I.[45], nonché, per il lavoro autonomo, dall'art. 26, comma 3, T.U.I. e dall'art. 39, comma 3, del d.P.R. n. 394 del 1999[46].

Il Consiglio di Stato ritiene che, ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, dalle disposizioni del T.U.I., complessivamente considerate, non si evinca che sia necessaria la dimostrazione del possesso, in modo assoluto ed ininterrotto, di questo livello di reddito, ma che al contrario l'Amministrazione debba comunque tener conto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U.I., di «*comprovati fatti sopravvenuti prima del provvedimento* (in primis*: un rapporto di lavoro che faccia presumere una prospettiva di continuità per il futuro), che superino situazioni di carenza di reddito riscontrate durante il pregresso periodo di validità del precedente permesso di soggiorno*»[47].

In questa prospettiva, che guarda *de futuro* anche al verosimile incremento di reddito nel corso dell'anno, la giurisprudenza ha affermato che la Questura non può legittimamente negare il rilascio del permesso quando lo straniero ha avviato da poco tempo la propria attività lavorativa regolare ed è presumibile ritenere che, entro la fine dell'anno, egli raggiunga il livello stabilito annualmente per l'assegno sociale.

Analogamente, per quanto riguarda la sopravvenienza di un secondo rapporto di lavoro regolare dopo che lo straniero aveva richiesto il permesso di soggiorno sulla base di un primo rapporto di lavoro risultato fittizio, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'ottenimento del permesso per motivi di lavoro subordinato non è precluso dalla natura fittizia del primo rapporto lavorativo, perché, non determinando la situazione dell'accertata falsità di tale rapporto una preclusione tassativa al rilascio del permesso, non vi è motivo per non applicare l'art. 5, comma 5, T.U.I., nella parte in cui dispone che,

[45] Cons. St., sez. III, 2 luglio 2014, n. 3342; Cons. St., sez. III, 11 settembre 2014, n. 4652.

[46] Cons. St., sez. III, 15 gennaio 2015, n. 117, in *Foro it.*, 2015, III, 76.

[47] Cons. St., sez. III, 26 maggio 2015, n. 2645 e, più di recente, Cons. St., sez. III, 14 febbraio 2017, n. 651. Ma nello stesso senso v. già Cons. St., III, 10 dicembre 2014, n. 6069; Cons. St., sez. III, 14 luglio 2014, n. 3674; Cons. St., sez. III, 11 luglio 2014, n. 3596.

ai fini del rilascio del permesso di soggiorno, si tenga conto degli elementi sopravvenuti quali, per l'appunto, la stipulazione di un nuovo contratto di lavoro, risultato essere reale e regolare.

La massima valorizzazione degli elementi favorevoli allo straniero sopravvenuti alla proposizione dell'istanza per il rilascio o per il rinnovo del permesso di soggiorno, ai sensi dell'art. 5, comma 5, T.U.I., anche in chiave prognostica, incontra tuttavia un limite temporale insuperabile nell'emissione stessa del provvedimento, poiché non è possibile richiedere all'Amministrazione di prevedere eventi non verificatisi e, comunque, non accertabili al momento in cui provvede.

L'orientamento, seguito da alcuni Tribunali amministrativi regionali, secondo il quale l'interpretazione dell'art. 5, comma 5, T.U.I., alla luce dei principî costituzionali ed europei, debba valorizzare nella loro massima portata estensiva le sopravvenienze favorevoli allo straniero, vertendo il giudizio amministrativo sul "rapporto" di questi con la collettività nazionale che lo accoglie e dovendo, quindi, tenere in considerazione tutti gli elementi, mutevoli nel tempo, di tale rapporto, anche quelli successivi all'emissione del provvedimento, è stato perciò censurato dal giudice di appello.

Per quanto ispirato da una visione "dinamica" della materia e ad una concezione del processo amministrativo "aperta" al rapporto dedotto in giudizio, infatti, questo orientamento non considera che l'Amministrazione è chiamata ad effettuare una valutazione dei requisiti per il rilascio o per il rinnovo del permesso di soggiorno al momento *rebus sic stantibus* e, sebbene debba formulare una prognosi sull'effettivo inserimento dello straniero che si proietta nel futuro, non può prescindere dagli elementi ad essa noti fino all'emissione del provvedimento.

Il Consiglio di Stato ha così chiarito che nessuna prognosi, nemmeno quella più modernamente intesa ad una visione dinamica ed aperta del rapporto tra l'ordinamento interno e lo straniero, può infatti «*astrarre dai soli elementi esistenti al momento della domanda e da quelli eventualmente sopravvenuti e noti (o resi noti) sino all'emissione del provvedimento, poiché anche questa materia e, anzi, prima di ogni altra questa materia, per le esigenze di ordine e di sicurezza pubblici di rilievo costituzionale ed europeo, che la caratterizzano, altrettanto basilari quanto i diritti fondamentali dello*

straniero, non può sottrarsi alla irrinunciabile necessità di certezza dei rapporti giuridici tipica del diritto amministrativo»[48].

Un diverso orientamento, quale quello seguito da alcuni giudici amministrativi di primo grado, richiederebbe all'Amministrazione, nel delicato bilanciamento degli interessi in gioco, di valutare elementi non previsti né prevedibili, al momento del provvedimento, trasformando il giudizio discrezionale che le compete in una «*forma di intuizionismo insindacabile*»[49], in sede di legittimità, dallo stesso giudice amministrativo, in spregio di fondamentali principi quali quelli affermati dagli artt. 24, 97 e 111 Cost.

La cauta, ma comunque sensibile apertura della giurisprudenza amministrativa alla doverosa considerazione degli elementi sopravvenuti di cui all'art. 5, comma 5, T.U.I., in una lettura globale della posizione dello straniero, costituisce certo un esempio del *sindacato incrementale*, già accennato, che il giudice amministrativo è venuto costruendo in questa materia, ritagliando significativi spazi di tutela nelle "maglie larghe" del T.U.I.

Passi ancor decisivi questo sindacato incrementale ha compiuto sul terreno della pericolosità sociale dello straniero, secondo esempio del modo con il quale la giurisprudenza amministrativa, sulla scia dell'orientamento della Corte costituzionale, ha interpretato e applicato la normativa del T.U.I. al fine di garantire una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti reclamati dallo straniero.

La Corte costituzionale, come è noto, non ha negato in linea di principio l'ampia discrezionalità del legislatore nell'ammettere i cc.dd. *automatismi espulsivi* discendenti da condanne penali avvertite dal legislatore come indici di particolare pericolosità sociale dello straniero e di minaccia per l'ordine pubblico.

Per il giudice delle leggi, che ha avallato in questo senso una concezione della legalità "forte"[50], non è manifestamente irragionevole condizionare l'ingresso e la permanenza dello straniero nel territorio nazionale alla circostanza della mancata commissione di reati di non scarso rilievo.

---

[48] Cons. St., sez. III, 25 agosto 2016, n. 3692.

[49] Cons. St., sez. III, 30 maggio 2016, n. 2266.

[50] M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 2017, 1, 41 ss. e, in particolare, p. 53-54.

In tale ordine di idee, infatti, la condanna per un delitto punito con la pena detentiva la cui configurazione è diretta a tutelare beni giuridici di rilevante valore sociale – quali sono le fattispecie incriminatrici prese in considerazione dalla normativa censurata – non può, di per sé, essere considerata circostanza ininfluente per l'ingresso o la permanenza dello straniero in Italia, al punto di far ritenere manifestamente irragionevole la disciplina legislativa che siffatta condanna assume come circostanza ostativa all'accettazione dello straniero nel territorio dello Stato[51].

[51] Corte cost., 15 maggio 2008, n. 148, in *Corr. del mer.*, 2008, 7, p. 875, con nota di R. Cicchese, *Costituzionali le norme che impediscono il rilascio del permesso di soggiorno in presenza di alcune condanne.* Nello stesso senso, ancor più di recente, Corte cost., 12 dicembre 2014, ord. n. 277, in *Giur. cost.*, 2014, 6, p. 4712, la quale, nel dichiarare inammissibili le questioni sollevate dal T.R.G.A. del Trentino Alto Adige con due distinte ordinanze per l'asserito contrasto degli art. 4, comma 3, e 5, comma 5, T.U.I. con l'art. 3 Cost., nella parte in cui tali disposizioni fanno derivare automaticamente il rigetto dell'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno del cittadino extracomunitario dalla pronuncia, nei suoi confronti, di una sentenza di condanna per uno dei reati per i quali l'art. 381 c.p.p. prevede l'arresto facoltativo in flagranza, senza consentire che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, rileva che, nel delineare le condizioni ostative collegate al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno in dipendenza di condanne penali, la scelta del legislatore è stata quella di dar vita ad un sistema "bipartito" basato sulla enucleazione di due criteri concorrenti di natura composita. Il primo, di tipo misto, riferito ai casi per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; disciplina, quest'ultima, che, a sua volta, risulta costruita (art. 380, commi 1 e 2, c.p.p.) su base in parte "quantitativa", raccordata, cioè, alla pena prevista dalla legge, e, in parte, qualitativa, ragguagliata, quindi, alla specificità dei titoli di reato. L'altro paradigma, del tutto peculiare, riferito non già ad una rassegna quantitativa, basata sulla pena, né ad una indicazione qualitativa fondata su specifiche fattispecie delittuose, ma calibrato in funzione di "tipologie" di reati, individuati *ratione materiae* e raggruppati, per così dire, all'interno di complessi normativi delineati solo attraverso il richiamo ai relativi "settori di criminalità". La disamina delle "materie" evocate dalla normativa in questione (che riflette anche specifici impegni internazionali derivanti da convenzioni o trattati o normativa di rango comunitario), secondo la Corte, «*dimostra come sia evidente l'intendimento del legislatore di assumere a paradigma ostativo non certo la gravità del fatto, in sé e per sé considerata, quanto – e soprattutto – la specifica natura del reato, riposando la sua scelta su una esigenza di conformazione agli impegni di "inibitoria" di traffici riguardanti determinati settori reputati maggiormente sensibili*». Per l'effetto ostativo delle condanne per delitti attinenti alla materia degli stupefacenti al rilascio o al rinnovo del permesso di soggiorno v., nella

Nondimeno, con riferimento a talune peculiari situazioni, la Corte costituzionale è intervenuta sul sistema normativo per sanzionare l'irragionevolezza dell'automatismo espulsivo o, comunque, per indicare una via interpretativa costituzionalmente orientata delle disposizioni che prevedono le fattispecie ostative.

In particolar modo, per quanto attiene alle procedure di regolarizzazione dei lavoratori domestici, il giudice delle leggi, con la sentenza n. 172 del 2012, ha stigmatizzato l'irragionevolezza del diniego di regolarizzazione, previsto dall'art. 1-*ter*, comma 13, lett. *c)*, del d.l. n. 78 del 2009, siccome introdotto dalla legge di conversione n. 102 del 2009, automaticamente correlato alla pronuncia di una sentenza di condanna per uno dei reati di cui all'art. 381 c.p.p., senza che sia permesso alla pubblica amministrazione di apprezzare al giusto gli interessi coinvolti e di accertare se il lavoratore extracomunitario sia o meno pericoloso per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato[52].

Seppure con riferimento alla specificità del caso, che concerne la regolarizzazione dei lavoratori domestici che spesso svolgono attività di assistenza per lunghi periodi in favore di disabili e instaurano un intenso legame affettivo con essi e le loro famiglie, la Corte ha rimarcato che l'inesistenza di un'incompatibilità, in linea di principio, dell'automatismo espulsivo in questa materia con l'art. 3 Cost. non implica, infatti, che le fattispecie nelle quali esso è previsto siano sottratte al controllo di non manifesta arbitrarietà.

Il legislatore può, pertanto, subordinare la regolarizzazione del rapporto di lavoro al fatto che la permanenza nel territorio dello Stato non sia di pregiudizio ad alcuno degli interessi coinvolti dalla

---

consolidata giurisprudenza amministrativa conformatasi all'indirizzo della Corte, Cons. St., sez. III, 22 novembre 2017, n. 5503, la quale fa salva, come ora si dirà, la considerazione dei rapporti familiari.

[52] Corte cost., 6 luglio 2012, n. 172, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2012, 10, p. 2483 nonché in *Riv. dir. int.*, 2012, 4, p. 1186, con nota di N. Vettori, *Pericolosità sociale, automatismi ostativi e diritti dello straniero: un'importante evoluzione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, la quale rileva come il maggior interesse della sentenza in commento sta nell'aver posto l'attenzione sul fatto che «*per la tutela dei diritti fondamentali della persona il principio di stretta legalità non offre necessariamente la soluzione più garantista e anzi, in certi casi, la disciplina più conforme a Costituzione è quella che prevede regole elastiche e uno spazio valutativo in concreto*».

disciplina dell'immigrazione, ma la relativa scelta deve costituire il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento degli stessi, soprattutto quando sia suscettibile di incidere sul godimento dei diritti fondamentali dei quali è titolare anche lo straniero extracomunitario, perché la condizione giuridica dello straniero non deve essere «*considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati o peggiorativi*»[53].

Il giudice delle leggi ha ribadito il principio generale, applicabile anche al diritto dell'immigrazione, secondo cui «*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit», sussistendo l'irragionevolezza della presunzione assoluta «*tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*»[54].

---

[53] Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, in *Riv. dir. intern.*, 2011, 4, p. 1259, nonché in *Dir. fam.*, 2012, 1, 59, con nota di P. Palermo, *Sul diritto inviolabile al matrimonio (ed alla famiglia legittima) dell'essere umano, anche se "clandestino": brevi riflessioni su irragionevoli cause di "irregolarità" e di "inesistenza"*, la quale, nel ricordare che tra i diritti fondamentali dello straniero rientra anche quello a contrarre matrimonio, ha ritenuto sproporzionato il sacrificio imposto a tale libertà, sia per lo straniero che per il cittadino o la cittadina che intende contrarre matrimonio con lo straniero, dall'art. 116 c.c., come modificato dalla l. 15 luglio 2009 n. 94, secondo il quale lo straniero extracomunitario deve presentare all'ufficiale di stato civile un documento attestante la regolarità del proprio soggiorno nel territorio italiano. Questa disposizione, secondo la Corte, viola altresì l'art. 117, comma 1, Cost., perché un divieto generale a contrarre matrimonio, senza che sia prevista alcuna indagine riguardo alla legittimità del matrimonio, è lesivo del diritto al matrimonio enunciato nell'art. 12 della CEDU. Sottolinea l'importanza della pronuncia M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., perché essa riconosce la necessità di un bilanciamento tra l'interesse statale al controllo delle frontiere e gli interessi individuali, ma nel contempo l'Autore osserva che, come le poche altre decisioni "progressiste" in tale ambito, anche questa è stata dettata da una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 14 dicembre 2010, *O' Donoghue and others v. The United Kingdom*.

[54] Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Foro it.*, 2012, I, 691, ove è affermato tale principio generale, seppure in relazione all'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009 n. 11, conv., con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009 n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art.

Nella sentenza n. 202 del 2013 la Corte costituzionale, nell'assicurare la «*massima espansione delle garanzie*» esistenti di tutti i diritti e i principî rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca, ha negato che l'automatismo espulsivo possa legittimamente operare nei confronti degli stranieri che abbiano legami familiari in Italia e ha dichiarato incostituzionale l'art. 5, comma 5, T.U.I. nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che «*ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare*» o al «*familiare ricongiunto*», e non anche allo straniero «*che abbia legami familiari nel territorio dello Stato*».

La tutela della famiglia e dei minori assicurata dalla Costituzione implica che ogni decisione sul rilascio o sul rinnovo del permesso di soggiorno di chi abbia legami familiari in Italia debba fondarsi su una attenta ponderazione della pericolosità concreta e attuale dello straniero condannato, senza che il permesso di soggiorno possa essere negato automaticamente, in forza del solo rilievo della subita condanna per determinati reati.

Nell'ambito delle relazioni interpersonali, infatti, ogni decisione che colpisce uno dei soggetti finisce per ripercuotersi anche sugli altri componenti della famiglia e il distacco dal nucleo familiare, specie in presenza di figli minori, è decisione troppo grave perché sia rimessa in forma generalizzata e automatica a presunzioni di pericolosità assolute, stabilite con legge, e ad automatismi procedurali, senza lasciare spazio ad un circostanziato esame della situazione particolare dello straniero interessato e dei suoi familiari[55].

Ad analoga soluzione contro l'operatività dell'automatismo espulsivo, questa volta in via ermeneutica, la Corte è pervenuta anche,

74 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

[55] Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3376, nonché in *Giur. cost.*, 2013, 4, p. 2835, con nota di G. Sirianni, *Automatismo espulsivo e diritto alla vita familiare.*

con l'ordinanza n. 58 del 2014[56], in relazione alla fattispecie di cui all'art. 26, comma 7-*bis*, T.U.I., introdotto dalla l. n. 189 del 2002 (c.d. legge Bossi-Fini), indicando la strada di una interpretazione costituzionalmente orientata che tenti un approccio alla fattispecie ostativa in termini di un giudizio in concreto, senza fare ricorso ad astratti apriorismi.

Proprio recependo questi orientamenti della Corte, che ha in parte attenuato il rigorismo espulsivo del T.U.I., l'interpretazione adeguatrice del giudice amministrativo ha inteso assicurare l'attuazione dei principî costituzionali e sovranazionali e completare il sistema di tutela giurisdizionale dello straniero.

E così, per tornare alla doverosa considerazione dei rapporti familiari pur a fronte delle condanne penali previste dall'art. 4, comma 3, T.U.I., il Consiglio di Stato è ormai costante, nella sua giurisprudenza, allorché rileva che la competente Questura deve valutare l'esistenza dei rapporti familiari in comparazione con i precedenti penali, senza applicare indebiti automatismi espulsivi nei confronti di soggetti radicati sul territorio, in ragione dei loro rapporti familiari, e senza scendere nella valutazione in concreto della sua pericolosità sociale[57].

Da questo punto di vista, e in conformità con quanto la Corte ha chiarito circa il valore sostanziale della motivazione, assume rilievo centrale la motivazione del provvedimento questorile, che non può essere apparente o stereotipa, come quando la competente Questura considera, paradossalmente, i rapporti familiari come una forma di "aggravante" delle precedenti condotte penalmente rilevanti ai fini della pericolosità sociale, inferendone un giudizio di disvalore penale ulteriore perché lo straniero, nonostante l'esistenza dei rapporti familiari, ha scelto comunque di delinquere.

Una simile argomentazione, che ritorce in danno dello straniero l'esistenza di tali rapporti in contrasto con le indicazioni provenienti

[56] Corte cost., 27 marzo 2014, n. 58, in *Giur. cost.*, 2014, 2, p. 1273.

[57] Cons. St., sez. III, 23 maggio 2017, n. 2391, la quale evidenzia che la valutazione comparativa tra gli interessi, ed in particolare la pericolosità attuale dello straniero, alla luce della condanna, ma anche degli elementi che connotano il suo inserimento familiare, sociale e lavorativo in Italia, avrebbe dovuto essere esternata dalla Questura e non può essere sostituita da quella effettuata direttamente dal giudice.

dal diritto europeo e dalla Corte costituzionale nella sua giurisprudenza, finisce per introdurre surrettiziamente, ancora una volta, una forma di automatismo espulsivo nella misura in cui si sottrae all'obbligo motivazionale di soppesare, da un lato, la gravità della condotta delittuosa, la sua attualità, la sua effettiva sintomaticità di pericolo per l'ordine costituito, e dall'altro l'esistenza di una radicata rete di rapporti, di legami, di interessi intrattenuta dallo straniero, tale da dimostrare l'assoluta unicità e/o marginalità del fatto penalmente rilevante quale singolo e irripetibile (o anche non più ripetuto) fenomeno di devianza non grave dalle fondamentali regole che presiedono all'ordinato vivere civile[58].

Ad analoghe considerazioni e in attuazione di indicazioni provenienti dalla Corte costituzionale, contro ogni forma di automatismo espulsivo "mascherato", la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in misura largamente maggioritaria, ha ritenuto che una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 26, comma 7-*bis*, T.U.I. vieta di ipotizzare un qualsivoglia automatismo ostativo al rilascio del permesso di soggiorno per lavoro autonomo nella commissione dei reati legati alla tutela del diritto d'autore e dei marchi industriali, senza valutare, in concreto, la pericolosità di un soggetto che abbia richiesto il permesso di soggiornante di lungo periodo, ai sensi dell'art. 9 T.U.I., o quantomeno nell'ipotesi in cui abbia, comunque e di fatto, maturato la condizione per il rilascio del permesso di soggiorno a siffatto titolo (cinque anni di regolare permanenza sul territorio italiano)[59].

---

[58] Cons. St., sez. III, 22 maggio 2017, n. 2382, secondo cui «*la recessività dei rapporti familiari rispetto all'esistenza di fatti penalmente rilevanti, peraltro risalenti nel tempo, non può essere legittimamente affermata sulla base della motivazione stereotipa, astrattamente – e perciò potenzialmente e indifferentemente – acconcia ad ogni genere di situazione familiare e ogni specie di condotta delittuosa, alla stregua della quale i legami familiari sarebbero irrilevanti ai fini dell'integrazione positiva nel contesto socio-economico e il nucleo familiare "si è caratterizzato materialmente incapace ad impedire lo svolgimento di attività illecite per le quali lo straniero è stato condannato", come si legge nel provvedimento del Questore*».

[59] Cons. St., sez. III, 25 novembre 2015, n. 5349 e Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1637. Ma v. già, in questo senso, Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2009, n. 2342, in *Foro amm., C.d.S.*, 2009, 4, p. 1043, per l'applicazione non automatica e vincolata dell'art. 26, comma 7-*bis*, del d. lgs. n. 286 del 1998, ma tenendo in considerazione

Il sindacato del giudice amministrativo, sulla scorta del quadro normativo in materia, si intensifica ed estende il suo raggio di azione alla ragionevolezza della valutazione rimessa all'Amministrazione in un'ottica di valutazione globale della posizione dello straniero, soprattutto dopo che, per effetto degli interventi da parte della Corte costituzionale (o, come pure si dirà, delle Corti sovranazionali), l'affievolirsi degli automatismi espulsivi, che la stessa Corte ha sempre considerato, secondo una giurisprudenza tralaticia, un presidio irrinunciabile della legalità formale ad evitare arbitri contro lo stesso straniero, cede il passo ad una nozione di legalità sostanziale, tesa ad assicurare i *diritti fondamentali* del *singolo straniero*, mediante il riespandersi della discrezionalità amministrativa.

E non è questa – la via, cioè, di un metodo assiologico, come è stata definita in dottrina[60] – nemmeno, e in ultimo, la frontiera più avanzata del sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo su atti e provvedimenti che incidono sulla posizione giuridica dei migranti.

È talvolta lo stesso giudice amministrativo a tentare e a percorrere, *direttamente*, la via di una interpretazione costituzionalmente o convenzionalmente orientata della normativa in materia, laddove ne intraveda gli spazî, facendo propri i principî o anche solo le indicazioni provenienti dalle Corti supreme nazionali, internazionali o sovranazionali, in dialogo non solo con queste Corti, ma anche con i giudici delle Corti supreme di altri Stati, e spingendosi sino al limite del *sindacato propulsivo od evolutivo* e, a tutela di diritti fondamentali incomprimibili, persino *sostitutivo* ove appaia chiara la natura vincolata, per la loro necessaria attuazione, del provvedimento richiesto dall'Amministrazione.

Si pensi all'ipotesi, di recente emersione, del c.d. permesso di cure atipico, finalizzato a regolarizzare la posizione dello straniero già presente in Italia per consentirgli l'accesso a cure mediche altrimenti precluse per fonti secondarie che subordinano determinate terapie al possesso di cure idonee.

---

tutti gli altri elementi di fatto che concorrano ad una integrale valutazione in concreto della pericolosità sociale dello straniero richiedente.

[60] A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 862.

Al riguardo la Corte costituzionale, in una ormai risalente pronuncia, aveva lanciato un monito al legislatore affinché lo straniero irregolare potesse beneficiare delle terapie mediche necessarie alla tutela del nucleo fondamentale del diritto alla salute garantito ad ogni individuo dall'art. 32 Cost.[61].

Sulla scia di questo orientamento il Consiglio di Stato ha ritenuto che la normativa vigente (e, in particolare, le disposizioni dell'art. 35, comma 3, T.U.I. e dell'art. 43, commi 2, 3 e 4, del d.P.R. n. 394 del 1999), interpretata alla luce dei principî desumibili dalla richiamata giurisprudenza costituzionale, consenta il rilascio di uno speciale permesso di soggiorno atipico temporaneo per cure mediche a favore dello straniero bisognoso di cure mediche, ma entrato irregolarmente nel territorio nazionale[62].

A tale riguardo lo stesso Consiglio di Stato ha chiarito in una sua più recente pronuncia, precisando il proprio orientamento, che non deve essere sottovalutata la portata del principio di cui all'art. 35, comma 3, T.U.I. e la sua capacità espansiva in relazione alle circostanze, dato che esso costituisce una norma di chiusura del sistema e di suprema garanzia di un diritto fondamentale e che è suscettibile della massima espansione proprio nelle situazioni estreme come quella in esame dove vi è pericolo di vita[63].

---

[61] Corte cost., 17 luglio 2001, n. 252, in *Giur. it.*, 2002, 5, p. 908, con nota di A. Algostino, *Espulsione dello straniero e tutela del diritto alla salute: spetta al giudice decidere caso per caso*, secondo cui «*la valutazione dello stato di salute del soggetto e della indifferibilità ed urgenza delle cure deve essere effettuata caso per caso, secondo il prudente apprezzamento medico; di fronte ad un ricorso avverso un provvedimento di espulsione si dovrà, qualora vengano invocate esigenze di salute dell'interessato, preventivamente valutare tale profilo – tenuto conto dell'intera disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 286 del 1998 – se del caso ricorrendo ai mezzi istruttori che la legge, pur in un procedimento caratterizzato da concentrazione e da esigenze di rapidità, certamente consente di utilizzare*». V., per l'analisi di questo orientamento, anche A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 885-886.

[62] Cons. St., sez. III, 20 settembre 2011, n. 5286, in *Foro amm.*, *C.d.S.*, 2011, 9, p. 2731. V., nello stesso senso, anche Cons. St., sez. III, 8 luglio 2014, n. 3488, in *Rass. giur. san.*, 2015, 369-370, che tuttavia esclude nel caso di specie l'applicazione dell'art. 35, comma 3, T.U.I. al cospetto di una patologia ritenuta di tale gravità tale da richiedere la somministrazione di cure urgenti o, comunque, essenziali.

[63] Cons. St., sez. III, 27 ottobre 2014, n. 5328. Sul problema v. E. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., nonché G. Vosa, *'Cure*

Anche in relazione al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, dopo l'entrata in vigore della l. n. 76 del 2016 sulle unioni non matrimoniali[64], il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia, ha chiarito che negli ultimi anni si è assistito, e non solo nella nostra legislazione nazionale, ad una interpretazione nuova ed evolutiva del concetto di famiglia, comprensivo anche delle unioni di fatto tra individui (e anche dello stesso sesso), tanto che la Corte di Strasburgo, di recente, ha chiarito come la legislazione degli Stati membri in materia di immigrazione non si può spingere sino al punto di negare all'individuo il diritto a vivere liberamente una condizione di coppia, intesa come vita familiare[65].

Proprio in virtù della presenza di rapporti affettivi (di natura eterosessuale od omosessuale), infatti, l'eventuale applicazione di una misura di allontanamento o di diniego di un permesso di soggiorno è in grado, secondo la Corte di Strasburgo, di provocare un sacrificio sproporzionato del diritto alla vita privata e familiare per il soggetto portatore dell'interesse[66].

La circostanza che l'attuale legislazione in materia di permessi di soggiorno non sia stata ancora adeguata o comunque ben coordinata, sul punto, alle riforme introdotte dalla l. n. 76 del 2016 sulle unioni civili e di fatto, consentendo il rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari, di cui all'art. 30, comma 1, lett. *b)*, T.U.I., anche al convivente straniero di cittadino italiano, purché ne ricorrano le condizioni, formali e sostanziali, ora previste dalla stessa l. n. 76 del 2016 (e, in particolare, dall'art. 1, commi 36 e 37), non osta all'applicazione mediata, anche in via analogica, degli istituti previsti dalla legislazione in materia di immigrazione per le unioni matrimoniali e, quindi, dello stesso art. 30, e ciò per la forza, essa immediata, di principî costituzionali ed europei, la cui cogenza

essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare. Dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale, in *Dir. pubbl.*, 2016, 2, p. 755 ss.

[64] V., sulla l. n. 76 del 20 maggio 2016, T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Le nuov. legg. civ. comm.*, 2016, 3, p. 367 ss.

[65] Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2016, ric. n. 6845/13, *Pajic c. Croazia*.

[66] Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 dicembre 2012, ric. n. 31956/05, *Hamidovic c. Italia*, in particolare § 37.

prescinde dalla normativa sopravvenuta della medesima l. n. 76 del 2016 e dalle conseguenti disposizioni di attuazione e/o coordinamento.

Il Consiglio di Stato, nell'annullare il provvedimento di diniego del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, ha quindi ritenuto che l'Amministrazione dovesse rivalutare, ai sensi dell'art. 5, comma 9, T.U.I.[67], se sussistano o meno i presupposti, formali e sostanziali, per rilasciare un permesso a diverso titolo e, in particolare, per i motivi familiari di cui all'art. 30, comma 1, lett. *b)*, T.U.I., disposizione da applicarsi necessariamente, in via analogica, anche alla convivenza di fatto della straniera, cittadina di Stato non appartenente alla UE, con il cittadino italiano[68].

Va comunque chiarito che le aperture della giurisprudenza amministrativa, anche nelle punte più "avanzate" come quelle appena menzionate, non hanno mai inteso rimettere in discussione il sistema dei visti e dei permessi, quale disciplinato dal T.U.I. per regolamentare i flussi migratori, né affermare un principio di atipicità dei titoli di soggiorno in base ad una indiscriminata convertibilità dei titoli stessi al di fuori delle ipotesi e in base ai motivi legislativamente previsti.

Su questo punto, anche di recente, il Consiglio di Stato ha avuto modo di ribadire che, allo stesso modo in cui la tipicità causale dei permessi di soggiorno, le cui diverse tipologie appartengono ad un *numerus clausus* normativamente definito in ragione della finalità per la quale possono essere rilasciati dall'Amministrazione, esige il controllo di quest'ultima sulla sussistenza dei relativi presupposti legittimanti, così, ugualmente, il potere di autorizzare la conversione del permesso di soggiorno rilasciato per una determinata causa in altra

[67] Si riporta la disposizione dell'art. 5, comma 9, T.U.I.: «*il permesso di soggiorno è rilasciato, rinnovato o convertito entro sessanta giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda, se sussistono i requisiti e le condizioni previsti dal presente testo unico e dal regolamento di attuazione per il permesso di soggiorno richiesto ovvero, in mancanza di questo, per altro tipo di permesso da rilasciare in applicazione del presente testo unico*».

[68] Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5040.

tipologia finalistica presuppone una espressa regolamentazione delle ipotesi in cui essa è ammissibile e delle relative condizioni[69].

La giurisprudenza amministrativa si preoccupa di tutelare i diritti fondamentali dei cc.dd. migranti volontari, regolari o irregolari, che già *di fatto* si trovino sul territorio nazionale, ma non ammette, per costante orientamento, che questi possano entrare sul territorio nazionale sulla base di permessi atipici o comunque "convertibili" indiscriminatamente, al di fuori delle ipotesi contemplate dal T.U.I.

Il giudice amministrativo, anche nel suo orientamento più evoluto ispirato ad un criterio "analogico"[70], intende colmare le lacune dell'ordinamento, per assicurare una tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali dello straniero che aspiri ad entrare o a rimanere sul territorio nazionale secondo le procedure e per le ragioni riconosciute legittime dall'ordinamento, non già creare fattispecie non tipizzate dal legislatore in funzione di supplenza giudiziaria.

Per dirla diversamente, e riservando al § 3 la trattazione delicato e nevralgico problema dei diritti fondamentali tutelabili avanti al giudice amministrativo, si può sintetizzare questo indirizzo interpretativo, teso a tutelare la posizione dello straniero senza abdicare alle esigenze di controllo sull'ingresso e sul soggiorno di questo sul territorio nazionale, nel percorso che muove da un *diritto amministrativo del sospetto*[71] nei riguardi dello straniero ad un *diritto*

[69] Cons. St., sez. III, 24 gennaio 2018, n. 476, che, nel rimarcare la impossibilità di convertire il permesso di soggiorno per motivi religiosi in permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato nell'ipotesi di ritorno allo stato laicale da parte del richiedente già entrato sul territorio nazionale, offre un sistematico inquadramento dell'intera normativa.

[70] A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 887.

[71] Cons. St., sez. III, 17 novembre 2015, n. 5248, secondo cui «*il principio* fraus omnia corrumpit *non può trovare indiscriminata e irragionevole applicazione nella materia riguardante il rilascio o il rinnovo dei permessi in favore dei cittadini stranieri, non potendo trovare ingresso in un moderno ordinamento democratico, nemmeno per esigenze di ordine pubblico, un diritto amministrativo "del sospetto", che discrimini la posizione dello straniero da quello del cittadino solo in quanto tale, poiché spetta all'Amministrazione sempre verificare, senza seguire astratti teoremi inquisitori, se il comportamento fraudolento del cittadino straniero sia effettivamente tale, nel caso concreto, e denoti il reale intento di aggirare la legislazione in materia per procurarsi illegalmente ingresso e/o permanenza sul territorio nazionale, e ciò anche attraverso un ragionamento di tipo presuntivo, che si fondi su indizi gravi, precisi e*

amministrativo del rispetto verso i suoi diritti fondamentali, secondo quella logica incrementale e necessaria che ha nella dignità dell'individuo[72], straniero o cittadino che sia, il proprio principio ispiratore e fondamento costituzionale.

3. *La tutela dei diritti fondamentali assicurati allo straniero avanti al giudice amministrativo*

L'analisi sin qui condotta in ordine al sindacato del giudice amministrativo e agli orientamenti più recenti della giurisprudenza – non solo – amministrativa disvela, in modo alquanto evidente, che vi è un *Leitmotiv* costante, al di là delle variazioni tematiche, nelle pronunce dei giudici chiamati a sindacare la legittimità degli atti emessi nei confronti dei migranti, siano essi volontari o, secondo una terminologia ormai invalsa, involontari: la tutela dei diritti fondamentali spettanti allo straniero[73].

---

concordanti, ma mai attraverso inversioni probatorie o petizioni di principio, che colmino, sul piano motivazionale, un sostanziale vuoto istruttorio».

[72] In questa medesima prospettiva A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 887-888, rileva che il baricentro del sindacato giudiziale si innesta sul rapporto prioritario tra legge, Amministrazione ed individuo, identificando nella prima il punto di partenza al quale ancorare la definizione del rapporto sussistente tra la stessa Amministrazione e l'individuo, anche straniero: «*questa opzione* – rileva l'Autore – *non si risolve, tuttavia, in una interpretazione legalistica – e formalistica – dell'ordinamento, ma implica che la «legge» che fonda la norma attributiva del potere debba essere oggetto di un'interpretazione sistematica che giustifichi le sfere di interferenza dell'amministrazione nella vita individuale entro i limiti e i modi idonei a garantire le prerogative soggettive tutelate dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali ed internazionali di riferimento*»-

[73] Sul punto v., tra gli altri, G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., p. 9, il quale evidenzia la radicalità e l'urgenza delle questioni che l'immigrazione pone sul terreno dei diritti e della dignità; G. Tropea, Homo sacer*?*, cit., p. 866; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione*, cit., p. 5; F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, cit., p. 644, il quale ricorda il processo di internazionalizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, che fa sì che lo straniero, in quanto persona, non possa subire discriminazioni rispetto al cittadino; M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 68; E. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., 43. Sulla tutela dei diritti fondamentali dei c.d. migranti involontari v., di recente, anche V. Berlingò, *L'*humanitas *e la* fondamentalità *del diritto: il 'trattamento' degli immigrati irregolari*,

L'integrazione degli ordinamenti, nazionali e sovranazionali, secondo il sistema del c.d. costituzionalismo multilivello; la trasversalità dei valori, delle regole e dei principî del diritto internazionale ai singoli ordinamenti nazionali e l'apertura dei loro sistemi costituzionali alla recezione di questi; il dialogo, fattosi sempre più serrato e costruttivo nonostante, talvolta, reciproche incomprensioni o diffidenze, tra le Corti supreme interne e quelle sovranazionali; il ricorso sempre più costante all'uso dell'argomento comparatistico, nelle pronunce dei giudici nazionali[74], quando vengano in rilievo le posizioni degli stranieri; l'universalità dei diritti fondamentali, che si viene affermando secondo un criterio di territorialità che prescinde dalla cittadinanza, e impone la protezione dello straniero, ovunque si trovi, senza discriminazioni dovute alla cittadinanza sono tutti elementi, convergenti, che concorrono ciascuno singolarmente e nel loro insieme all'affermazione di uno statuto dello straniero, quale emerge dal diritto vivente delle Corti interne e sovranazionali, fondato sul principio incomprimibile ed ultimo della dignità dell'uomo[75].

Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, non si può disconoscere anzitutto nell'affermazione di questo processo l'influenza, sempre più penetrante e in certi ambiti decisiva, del diritto eurounitario e dell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia UE,

---

in *Dir. amm.*, 2017, 3, p. 529 ss., la quale evidenzia un *deficit* di tutela nei confronti del c.d. migrante involontario, soprattutto in rapporto alla delicata problematica della c.d. detenzione amministrativa.

[74] Sull'uso del diritto comparato da parte della giurisprudenza v. A. Gambaro, *Il diritto comparato nelle aule di giustizia e immediati dintorni*, in *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2014, p. 3 ss., il quale rileva come la principale funzione del diritto comparato rispetto al formante giurisprudenziale sia una funzione propulsiva, «*che spinge cioè verso il cambiamento del diritto vivente*» (*ibidem*, p. 10).

[75] Sul principio della *dignità umana*, quale fondamento e fine ultimo di ogni altro diritto fondamentale riconosciuto all'individuo, v. tra gli altri P. Becchi, *Il principio dignità umana*[2], Brescia, 2013, p. 7 e ss., M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 1, p. 247, il quale evidenzia come la dignità umana sia diventata «*oggi una formula autenticamente globalizzata di fondazione e di giustificazione della tutela dei diritti fondamentali*».

che influenza non solo le decisioni dei giudici ordinari, ma anche, con un impatto generale, dei giudici amministrativi.

Si può menzionare, sola per tutte, la pronuncia del Consiglio di Stato che, confermando la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sede di Roma, ha annullato definitivamente il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze che fissava, per il contributo richiesto allo straniero, ai sensi dell'art. 5, comma 2-*ter*, T.U.I., per il rilascio o per il rinnovo dei permessi di soggiorno cc.dd. brevi, importi compresi tra € 80,00 ed € 200,00[76], oltre ai costi previsti per la procedura che, come noto, ammontano ad € 73,50.

Sul punto il supremo consesso amministrativo, recependo l'interpretazione della Corte di Giustizia nella sentenza del 1° settembre 2015, in C-309/2014, ha ritenuto che dal quadro del complesso intreccio del diritto eurounitario e nazionale, alla luce dell'interpretazione, vincolante per il giudice nazionale, datane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, discendessero una serie di conseguenze fondamentali sia in ordine alla questione specifica sottoposta al suo giudizio che, più in generale, al rapporto tra diritto eurounitario e il diritto interno:

a) secondo quanto aveva affermato la Corte di Giustizia nella sentenza del 2 settembre 2015, in C-309/14, l'incompatibilità, nel suo complesso, della normativa nazionale, che prevede i contributi per il rilascio e il rinnovo di tutti i permessi di soggiorno in una forbice compresa tra un minimo di € 80,00 ed un massimo di € 200,00, perché ha ritenuto che il "tariffario" di tali contributi, di tutti i contributi, sia

[76] Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4487, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2323, nonché in *Guida al dir.*, 2016, 46, 105, la quale ha confermato la sentenza del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, 24 maggio 2016, n. 6095, in *Foro amm.*, 2016, 9, p. 487. Sul tema v. G. Savio, *Il diritto amministrativo dell'ingresso e del soggiorno*, cit., p. 24-25, il quale ricorda che, con successivo decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 5 maggio 2017, seguito dalla circolare attuativa del Ministero dell'Interno del 9 giugno 2017, gli importi sono stati rideterminati in € 40,00 per i permessi di soggiorno di durata superiore a tre mesi e inferiore o pari ad un anno, in € 50,00 per i permessi di soggiorno di durata superiore ad un anno ed inferiore o pari a due anni, e in € 100,00 per i lungosoggiornanti UE e per i dirigenti e i lavoratori specializzati di cui all'art. 27, comma 1, lett. a), T.U.I. L'Autore esprime, tuttavia, perplessità sulla congruenza anche delle nuove tariffe, come rideterminate dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, con i principî affermati dalla Corte di Giustizia nella sopra richiamata sentenza.

di ostacolo all'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva n. 2003/109/CE ai cittadini stranieri "stabilitisi a titolo duraturo negli Stati membri" ("Considerando" n. 4) e intenzionati a richiedere il permesso UE di lungo soggiorno, ma soggetti a ripetuti e sproporzionati contributi, fin da quello iniziale di € 80,00 e a quelli successivi di importo via via crescente, da parte della legislazione nazionale, nel quinquennio richiesto dalla stessa direttiva n. 2003/109/CE (art. 4) e dalla legislazione nazionale attuativa (art. 9, comma 1, del d. lgs. n. 286 del 1998) per l'ottenimento di tale permesso;

b) l'incidenza finanziaria considerevole di tali contributi, anche quello minimo di € 80,00, per i cittadini di Paesi terzi che soddisfano le condizioni sostanziali previste dalla stessa Direttiva n. 2003/109/CE e la compromissione degli obiettivi perseguiti da tale Direttiva, privandola del suo effetto utile, soprattutto ove si consideri che anche l'importo più basso – € 80,00 – tra tutti quelli previsti supera, comunque, ben oltre le sette volte il costo richiesto nel nostro Paese per il rilascio della carta di identità ad un cittadino italiano;

c) la *vis expansiva* della legislazione eurounitaria, anche nella forma del "diritto vivente" scolpita dall'attività ermeneutica della Corte di Giustizia, sui settori della legislazione nazionale, non strettamente rientranti nelle propria sfera di competenze, e la sua indubbia influenza orientativa anche sulla loro applicazione, laddove le regole poste anche in questi settori – come, nel caso di specie, quelle concernenti i contributi per i permessi di breve soggiorno – privino di effetto utile il diritto eurounitario, facendo sì che i suoi principî e le sue regole divengano difficilmente applicabili o sostanzialmente inapplicabili nei singoli Stati;

d) la primazia del diritto eurounitario, che non comporta alcuno sconfinamento di questo nelle competenze legislative riservate ai singoli Stati nazionali, in pretesa violazione del fondamentale principio di attribuzione sancito dall'art. 5 TUE, quando si tratti di assicurarne l'effetto utile compromesso da un esercizio di tale competenze che ne renda inapplicabile o estremamente difficoltosa l'applicazione nei singoli Stati, con lesione dei diritti riconosciuti direttamente dalla normativa sovranazionale e della sua c.d. efficacia orizzontale, ai cittadini dell'Unione o anche, come nel caso di specie, agli stranieri cittadini di Paesi terzi;

e) la necessità, qualora la Corte di Giustizia dell'Unione europea, come in questo caso, dichiari l'incompatibilità del diritto nazionale con i Trattati e la "legislazione eurounitaria", per il giudice interno e, in particolar modo, per il Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE, di disapplicare o, meglio, di non applicare il diritto dello Stato giudicato dalla Corte contrastante con i Trattati e detta legislazione;

f) la disapplicazione nel caso di specie, per effetto della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 2 settembre 2015, in C-309/14, della disposizione del comma 2-*ter* dell'art. 5 T.U.I., nella misura in cui fissa gli importi dei contributi richiesti per tutti i permessi di soggiorno da un minimo di € 80,00 ad un massimo di € 200,00, in quanto costituenti nel loro complesso un ostacolo, per il loro importo eccessivamente elevato, ai diritti conferiti ai cittadini stranieri richiedenti i permessi UE di lungo soggiorno, con conseguente illegittimità del D.M. del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

La pronuncia, tralasciando qui la specificità del caso, mostra di inserirsi in un quadro che vede un fitto dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Lussemburgo per una corretta applicazione dei principî e delle regole, eurounitarie ed interne, a tutela dei diritti fondamentali riconosciuti allo straniero e in un'ottica di progressiva integrazione perseguita dalle Direttive emanate in sede europea[77].

Al di là del decisivo e diretto influsso del diritto eurounitario, poi, si deve registrare anche nella giurisprudenza amministrativa, su un piano più generale, la progressiva penetrazione del diritto internazionale e dei suoi principî, a tutela dei diritti fondamentali dei migranti, secondo un modello di apertura agli irrinunciabili valori di civiltà giuridica perseguiti dalle Carte e dai Trattati internazionali, che ancora una volta vede nel rispetto della dignità umana il cardine e il principio ispiratore dell'attività interpretativa, in consonanza con le

[77] V., sul punto, le acute considerazioni di G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*[2], cit., p. 175 e ss., il quale rammenta anche – v. *op. ult. cit.*, p. 203 – la sentenza della Corte di Giustizia UE del 4 marzo 2010, causa C-578/08, sui costi del permesso di soggiorno per il ricongiungimento familiare; M. Di Filippo, *La circolazione dello straniero nel diritto dell'Unione europea: una geometria variabile dei diritti e delle garanzie*, in A. Calamia, M. Di Filippo e M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, cit., p. 223.

pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo e, non di rado, anche con le Corti superiori di altri Stati, chiamate a pronunciarsi su analoghi casi, quasi a costruire un nuovo *ius commune* europeo di matrice giurisprudenziale[78].

Si può al riguardo segnalare, tra i numerosi esempi di tale significativa tendenza ermeneutica nella c.d. tutela multilivello dello straniero, una recente pronuncia del Consiglio di Stato che, confermando un orientamento ormai consolidato in materia (prima che sul punto, come accennato nel § 1, intervenisse il d.l. n. 13 del 2017, che ha devoluto la giurisdizione anche su tali provvedimenti alla giurisdizione ordinaria), ha annullato il provvedimento di trasferimento asilo verso la Bulgaria, adottato dall'Unità Dublino[79] nei confronti di un richiedente asilo di nazionalità afgana, di fronte al dubbio, non fugato dall'istruttoria svolta nel corso del giudizio, circa le carenze sistemiche nelle condizioni di accoglienza dei migranti in tale Paese, per il ritenuto contrasto con la previsione dell'art. 3, par. 2, del Regolamento UE n. 604 del 2013 e con quella dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[80].

---

[78] Rileva G. Repetto, *La dignità umana e la sua dimensione sociale*, cit., p. 255-256, il quale evidenzia come siano emerse line di sviluppo spesso coincidenti sia nei rapporti di comunicazione "orizzontale" tra le Corti nazionali sia per effetto delle giurisprudenze sovranazionali. V. anche F. Saitto, *La solitudine delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di* austerity *e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 421 ss.

[79] Sul c.d. "sistema Dublino", previsto a livello eurounitario, il quale comporta che il cittadino di un Paese terzo o l'apolide possa presentare una sola domanda di protezione internazionale in uno solo degli Stati membri dell'Unione europea, normalmente lo Stato c.d. di primo ingresso, che diviene l'unico competente all'esame dell'istanza, senza che il richiedente possa in seguito ad una decisione negativa o nelle more del procedimento avanzare una nuova istanza ad altro Stato membro, sistema regolato ora dal Regolamento UE n. 604/2013, (c.d. "Dublino III"), v., tra gli altri, M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., 243-250, la quale ricorda che gravi difficoltà registrate da alcuni Stati europei nella gestione amministrativa dei migranti rischiano di rendere il "sistema Dublino" inefficiente e di innescare il fenomeno, tristemente noto nell'esperienza statunitense, di *refugee roulette* o "roulette" del richiedente asilo.

[80] Cons. St., sez. III, 3 novembre 2017, n. 5085, che richiama, peraltro, una propria già consolidata giurisprudenza in materia. V., sul punto, Con. St., sez. III, 27 settembre 2016, n. 3998.

Secondo il supremo consesso amministrativo, infatti, la Bulgaria non garantirebbe con certezza o, comunque, al di là di ogni ragionevole dubbio il rispetto dei diritti fondamentali del richiedente in tale Stato, ragionevole dubbio che ben ricorre allorché lo straniero, tra l'altro, venga sottoposto per ragioni di ordine pubblico, e in attesa che la sua domanda sia esaminata, a forme più o meno stringenti di detenzione amministrativa in appositi centri per rifugiati e richiedenti asilo[81].

Il Consiglio di Stato ha ricordato, nel pur vasto e non omogeneo quadro delle pronunce dei giudici europei sui trasferimenti disposti dalle varie autorità degli Stati membri in Bulgaria[82], la decisione n. 484

[81] Il tema dei centri di detenzione riservati ai rifugiati e ai richiedenti asilo, nei vari Stati europei, è di particolare spinosità e pone seri interrogativi circa la loro compatibilità con i principî del diritto internazionale e con la tutela dei diritti fondamentali da riconoscere ai migranti. Su questi delicati profili v. le riflessioni di G. Campesi, *La libertà degli stranieri. La detenzione amministrativa nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Pol. del dir.*, 2012, 2-3, p. 390, ove si osserva che «*il diritto alla sicurezza dei cittadini europei giustifica l'insicurezza dei diritti dei cittadini extracomunitari*». Sulla spinosa questione v. anche le riflessioni di M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 132 e ss., secondo cui tutte le misure detentive o restrittive adottate nei confronti dei migranti possono dirsi accomunate dall'anomalia dell'assenza di qualsivoglia contenuto ripristinatorio proprio delle misure esecutive e presentano un «*contento di fatto afflittivo tipico dei provvedimenti sanzionatori*». Al riguardo cfr. anche le notazioni di M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58, il quale rammenta che anche la gestione dei migranti, quale attuata nei centri di primo soccorso e accoglienza (cc.dd. CPSA), è stata ritenuta incompatibile dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza *Klhaifia*, con l'art. 5, par. 1, CEDU, perché la privazione della libertà personale che di fatto viene attuata nei CPSA, essendo priva di base legale, non soddisfa il principio generale della certezza del diritto e contrasta con lo scopo di proteggere l'individuo dall'arbitrio. Sulla detenzione amministrativa e sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che più volte ha censurato il sistema italiano, v. *amplius* S. Mirate, *Gestione dei flussi migratori e responsabilità statali*, cit., p. 435 ss.

[82] La pronuncia a titolo esemplificativo richiama, nel senso della legittimità dei trasferimenti disposti in Bulgaria per la non provata esistenza di condizioni disumane e/o degradanti, ad esempio, la *Cour administrative d'appel de Bordeaux*, 30 gennaio 2017, n. 16BX03424, o il *Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 5 aprile 2017, n. 39356 e, nell'opposto senso della loro illegittimità per il rischio di tali condizioni, il *Bundesverwaltungsgericht*, il Tribunale federale amministrativo svizzero, 5 settembre 2017, E-305/2017, il quale rileva, invece, che

del 9 giugno 2017 della Corte costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*), la quale ha annullato una pronuncia della Corte suprema amministrativa (*Bundesverwaltugnsgericht*) che, nel respingere il ricorso proposto dal richiedente asilo afgano contro il proprio trasferimento in Bulgaria, si era fondata sull'arbitrario convincimento («*mit Willkür belastet*») secondo cui le condizioni dei richiedenti asilo fossero sicure, in contrasto con le risultanze istruttorie emerse nel giudizio amministrativo austriaco, risultanze non dissimili da quelle sin esaminate nel giudizio amministrativo italiano.

Il giudice amministrativo di appello, sulla scorta degli elementi istruttori analizzati e anche alla luce della più recente giurisprudenza delle Corti supreme europee intervenuta sul punto, è pervenuto al convincimento non vi siano elementi affidabili per ritenere che le condizioni dei richiedenti in asilo in Bulgaria offrano sicure garanzie di rispettare i diritti fondamentali dello straniero e siano tali da scongiurare il fondato rischio di trattamenti disumani e degradanti, siccome prevede l'art. 3, par. 2, del Reg. UE n. 604 del 2013.

In questa materia e sul piano del diritto internazionale opera, secondo il Consiglio di Stato, un principio di cautela a garanzia degli incomprimibili diritti fondamentali dello straniero, principio che impone al giudice nazionale di annullare il provvedimento di trasferimento in uno Stato che non assicuri idonee condizioni di accoglienza dei richiedenti tutte le volte in cui sussista non solo la prova certa, ma anche il ragionevole dubbio che sussistano carenze sistemiche in tali condizioni di accoglienza, anche ai sensi dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, siccome interpretato dalla Corte di Strasburgo[83].

Anche questo ragionevole dubbio all'esito di un'attenta istruttoria circa tali concrete condizioni, infatti, può assurgere a fondato motivo di diniego (o di annullamento) del trasferimento, ai sensi dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 17 del Regolamento UE n. 604 del 2013 e dell'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, poiché solo la certezza di condizioni consone alla dignità

«*das Asylwesen in Bulgarien gewisse Mängel aufweist*» e, cioè, che il sistema di asilo in Bulgaria «*manifesta alcune carenze*».

[83] Sul principio del ragionevole dubbio, in linea generale, v. la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 marzo 2005, *Ay c. Turchia*, e in particolare i §§ 59-60.

umana nello Stato di destinazione può costituire il presupposto irrinunciabile per garantire l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali dello straniero da trasferire.

La presunzione secondo la quale lo straniero sarà trattato nello Stato individuato come competente ai sensi del regolamento "Dublino III" nel rispetto dei suoi diritti fondamentali è solo relativa, ha osservato ancora il Consiglio di Stato, e ben può essere vinta dalla dimostrazione di elementi o, comunque, da un principio di prova che rendano dubbio il rispetto di tali diritti, dimostrazione che può essere data dallo straniero anche attingendo a fonti, attendibili ed oggettive, che non siano quelle messe a disposizione dallo Stato straniero interessato.

A tale conclusione il Consiglio di Stato è pervenuto in accordo non solo con quanto ha chiarito la Corte di giustizia UE, già da anni, nella pronunce sull'applicazione della normativa eurounitaria, ma soprattutto in conformità con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che in numerose pronunce e già con riferimento al precedente regolamento "Dublino II"[84], ha costantemente ribadito che gli Stati membri dell'Unione non possono fondarsi sulla presunzione che il richiedente asilo sia trattato conformemente agli obblighi internazionali ed europei assunti dal Paese verso il quale dispongono il trasferimento, senza accertarsi che la misura non equivalga, nella pratica, a *refoulement*.

Di tali essenziali valori di civiltà giuridica, riconosciuti non solo dai regolamenti e dai trattati fondamentali della UE, oltre che dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche dalle Corti supreme quali principî di diritto consuetudinario e, in quanto tali, fonti primarie del diritto internazionale, deve farsi attento interprete – ha chiarito il Consiglio di Stato – e attento «*custode anche il giudice nazionale, e qui in particolare il giudice amministrativo, al quale non è affatto estranea nel quadro del nostro sistema di garanzie giurisdizionali,*

[84] Sulla interazione tra diritto eurounitario e diritto convenzionale e sul complesso dialogo tra la Corte di Giustizia UE e la Corte europea dei diritti dell'uomo nel sistema multilivello delle tutele v., tra gli altri, F. Donati, *Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo*, L. Ruggieri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza del diritto dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 57 e ss.

come ha già chiarito la Corte costituzionale (v., ex plurimis*, Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140), anche la tutela dei diritti fondamentali*»[85].

La pronuncia del Consiglio di Stato non riafferma in concreto solo un principio fondamentale a tutela dei diritti fondamentali dello straniero e, cioè, l'obbligo di *non refoulement* (pietra angolare, come è stato definito, dell'intero sistema[86]), ma rivendica alla giurisdizione amministrativa, conformemente all'indirizzo ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale, nella acquisita dimensione multilivello del c.d. diritto amministrativo globale[87], la ormai incontestabile capacità di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva ai diritti fondamentali dello straniero (come, del resto, anche del cittadino), indipendentemente o meno dalla "incomprimibilità" del loro nucleo fondamentale della sua posizione rispetto all'esercizio del potere autoritativo da parte dell'Amministrazione[88].

La stessa Corte costituzionale, in numerose pronunce, ha ribadito che alla giurisdizione amministrativa compete la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ascrivibili al novero dei cc.dd. diritti fondamentali, e tanto per la considerazione secondo cui non vi è alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi

---

[85] Così, testualmente, Cons. St., sez. III, 3 novembre 2017, n. 5085.

[86] M. Consito, *La tutela amministrativa del migrante involontario*, cit., p. 127.

[87] G. Tropea, Homo sacer*?*, cit., p. 841.

[88] Sulla tutela dei diritti fondamentali avanti al giudice amministrativo v. i contributi di S. Spuntarelli, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 741 e ss.; N. Pignatelli, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la* relativizzazione *dell'inviolabilità*, Pisa, 2013, p. 83 e ss., M. Midiri, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista A.I.C.*, 2015, 3, p. 10, il quale evidenzia la prospettiva empirica, rimediale, tesa a valorizzare l'effettività della tutela ben al di là dello schema interesse legittimo/diritto soggettivo. Nella giurisdizione amministrativa, sul punto, v. di recente le pronunce di Cons. St., sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 9, p. 2229 nonché di Cons. St., Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 2016, 4, p. 789, secondo cui la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto «*estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali*».

esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti[89].

Si tratta di un orientamento che si è affermato – come è stato esattamente rilevato[90] – a partire dall'ordinanza n. 140 del 2001 della stessa Corte costituzionale, laddove essa ha chiarito, che nel riparto della giurisdizione proprio in materia di immigrazione ciò che al legislatore preme è garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale, in un modo che si direbbe trasversale tra le giurisdizioni, ordinaria ed amministrativa, secondo «*la tendenza di rafforzare la effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze ed attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle esigenze delle materie prese in considerazione (e ciò può valere sia per il giudice ordinario, sia per il giudice amministrativo)*»[91].

L'effettività della tutela giurisdizionale e la prospettiva rimediale costituiscono, dunque, anche in questa materia il baricentro dell'intera disciplina e il criterio ispiratore anche del giudice amministrativo nelle controversie nelle quali è chiamato a sindacare il legittimo esercizio del potere incidente sui diritti fondamentali dello straniero secondo la tecnica del *bilanciamento* tra il c.d. diritto alla sicurezza e le loro

[89] Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, p. 435. V., per la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie inerenti all'emergenza dei rifiuti in Campania prevista dall'art. 4 del d.l. n. 90 del 2008, conv. con mod. in l. n. 123 del 2008, la sentenza della Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35, in *Giur. cost.*, 2010, 1, p. 432, con nota di R. Croce, *Sui confini della giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo*, e di F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva.*

[90] M. Midiri, *Diritti fondamentali,* cit., p. 10.

[91] Corte cost., 17 maggio 2001, n. 140, in *Riv. dir. intern.*, 2001, p. 814, che, nel dichiarare la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Parma, rileva, peraltro, che non esiste un principio costituzionale che escluda la possibilità per il legislatore ordinario, in determinati casi (rimessi alla scelta discrezionale dello stesso legislatore), in sede di affidamento della tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione, di attribuire al giudice ordinario anche un potere di annullamento e speciali effetti talora sostitutivi dell'azione amministrativa, inadempiente rispetto a diritti che lo stesso legislatore considera prioritari, anche se ciò può comportare la necessità, da parte del giudice, di valutazioni ed apprezzamenti non del tutto vincolati, ma sempre riguardanti situazioni regolate da una serie di previsioni legislative, che prevedano espressamente l'esercizio di tali poteri.

posizioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale o sovranazionale[92].

Non va trascurato, infatti, che il giudice amministrativo è chiamato a valutare, alla stregua di quel sindacato *incrementale* che si è cercato di descrivere nel § 2, la legittimità della valutazione comparativa, espressa dall'Amministrazione, tra l'interesse pubblico, da un lato, al regolare ingresso e/o al corretto inserimento sociale dello straniero in Italia, prevenendo situazioni di pericolo per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale, e dall'altro l'interesse dello straniero a tutelare i propri diritti fondamentali in modo da preservare, senza discriminazioni giustificate dalla sola (assenza della) cittadinanza, la propria incomprimibile dignità, individuale ed identitaria.

Si tratta di una valutazione complessa, nella quale entrano in gioco delicati valori costituzionali e spesso confliggenti interessi.

Il tema esula dalla presente trattazione.

Qui basti però rilevare che, come è stato acutamente notato, il *diritto alla sicurezza* è inversamente proporzionale alla *sicurezza dei diritti*, poiché, quando le politiche securitarie non sono accompagnate da adeguati interventi sociali, si finisce con il rilevarne «*l'inidoneità allo scopo, se non l'eterogenesi dei fini, traducendosi in misure atte a fronteggiare la destrutturazione sociale provocata proprio dal ritrarsi dello Stato assistenziale*»[93].

In questa prospettiva la nuova frontiera della materia in esame è costituita, infatti, non già dal diritto della prevenzione e del sospetto, come si è detto, ma dal diritto dell'integrazione e del rispetto per lo straniero, inteso non come estraneo o, peggio, come nemico rispetto ad una dimensione nazionale chiusa ad autoreferenziale, ma come altro nella sua incomprimibile dimensione identitaria, secondo una cultura dell'accoglienza e del multiculturalismo, in un moderno diritto amministrativo globale e pluralistico, che riconosca i reciproci diritti del prossimo non solo, e anzitutto, come sua prerogativa fondamentale e inviolabile, declinata in senso universalistico e incondizionatamente riconosciuto[94], ma anche per la forza stessa della

[92] G. Tropea, Homo sacer*?*, cit., p. 860.

[93] Così M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., p. 241. V., nello stesso senso, anche G. Tropea, Homo sacer*?*, cit., p. 858.

[94] Rileva G. Azzariti, *Verso la democrazia attraverso i diritti*, in *Pol. del dir.*, 2013, 1-2, p. 5, che l'idea dei diritti che accompagnano le persone in ogni luogo del

solidarietà[95], immanente ad un ordinamento democratico ed espressione dell'eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3, comma secondo, Cost.).

Il criterio di territorialità, necessario portato del principio solidaristico, dovrebbe consentire l'accesso anche dello straniero alle prestazioni sociali e ai livelli essenziali di assistenza, a parità di condizioni con i cittadini, in modo da rimuoverne ogni effettivo impedimento all'inserimento nella vita civile e alla sana partecipazione al tessuto sociale, per la tutela dei diritti fondamentali dello straniero stesso (salute, istruzione, servizi sociali, etc.) e per la realizzazione della dignità umana che ne è il fine ultimo, poiché, se è consentito al legislatore regolare l'afflusso e la permanenza degli stranieri in Italia con determinate norme e secondo determinate condizioni, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con gli obblighi internazionali, «*una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini*»[96].

---

mondo, secondo una logica universalistica, rappresenta «*la nuova dimensione entro cui può svilupparsi la democrazia nelle nostre società post-nazionali*».

[95] Sul principio solidaristico v. le considerazioni di S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Pol. del dir.*, 2012, 4, p. 525 e ss., il quale rileva che «*la stessa idea di una solidarietà europea, oltre i recinti degli egoismi sociali nazionale, richiede, oggi, un grande esercizio di fiducia e di ottimismo sulla possibilità di riscattarci da questo tempo amaro e mediocre*» (*op. ult. cit.*, 553). Anche M. D'Alberti, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 3, p. 777, osserva che «*la tutela dei diritti fondamentali esige, accanto alle previsioni normative e ai rimedi giurisdizionali, una continua opera di sostegno sul piano amministrativo e un potenziamento di una cultura «comunitaria» dei diritti, che oggi soffre di seri limiti legati al riemergere di controspinte nazionalistiche, ben al di là del* «Brexit»». Sulla nozione di solidarietà v. anche, *infra*, gli Autori citati alla nt. 99.

[96] Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306, in *Giur. cost.*, 2008, 4, p. 3338, con nota di A.M. Battista, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, che dichiara incostituzionale l'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 e l'art. 9, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 T.U.I., come modificato dall'art. 9, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. legge Bossi-Fini) e poi sostituito dall'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3, nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. l della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non

È questa la strada intrapresa, seppur ancora con timidi passi, non solo dalla Corte costituzionale[97], ma anche dalla legislazione interna, ad ogni livello, e dalle stesse amministrazioni competenti, a livello statale, regionale o locale[98], che si vanno via via svincolando dal classico criterio della cittadinanza per rinvenire il fondamento della prestazione sociale o il presupposto del servizio essenziale (i cc.dd. *diritti sociali*)[99] da erogare al richiedente nel radicamento al territorio nazionale e nell'inserimento sociale da parte del richiedente stesso e, quindi, essenzialmente nel concetto di territorialità (c.d. *cittadinanza sociale*)[100].

Il radicamento al territorio nazionale e l'inserimento armonico nel tessuto sociale costituiscono, infatti, l'autentica dimensione civile dell'individuo, consentendo il superamento dell'alterità (*ablatio*

risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno e successivamente previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo), per il permesso di soggiorno CE (ora UE) per i soggiornanti di lungo periodo.

[97] V., sul punto, M. Savino, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 58 ss.

[98] In ordine a questo delicato tema v., in particolare, V. Satta, *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2012, p. 127 ss.

[99] Sull'evoluzione dell'ordinamento, che implica il godimento dei diritti sociali anche ai migranti, v. F. B. Dal Monte, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento straniero e prospettive sovranazionali*, Torino, 2013, p. 16, la quale rileva come il rapporto tra immigrazione e *welfare* sia uno dei temi centrali dai quali dipenderà il livello di coesione interna delle future società democratiche nonché, in una prospettiva comparatistica, E. V. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, San Giuliano Milanese, 2016, p. 80 ss., A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Milano, 2012, p. 132. Sul tema cfr. anche G. Vosa, *'Cure essenziali'*, cit., p. 751 ss. e P. Morozzo della Rocca, *I servizi sociali e gli stranieri irregolarmente soggiornanti*, in P. Morozzo della Rocca (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza,* cit., p. 461 ss. nonché S. Benvenuti, *Giudici e solidarietà in tempi di crisi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 2, p. 209 e ss. Circa l'importanza crescente che i diritti sociali vanno assumendo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, comunque, sul piano del diritto internazionale, oltre agli Autori citati *supra* nella nt. 40, v. anche A. Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 9 ss.

[100] E. V. Zonca, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, cit., p. 17.

alteritatis) insita nella sua originaria condizione dello straniero inteso come distinto ed estraneo rispetto al contesto in cui si inserisce, ed è nella dinamica relazionale, secondo una logica inclusiva e partecipativa, che va ricercato, come avverte la più recente dottrina, la sostanza stessa dei diritti sociali[101], vera frontiera nobile ed estremo approdo di un diritto dell'immigrazione aperto ai valori costituzionali e sovranazionali.

La logica dell'integrazione, il superamento della diffidenza, la rimozione dell'alterità (*ablatio alteritatis*) se intesa come irriducibile *distinzione da sé*, che impedisce l'autentico riconoscimento della pari dignità allo straniero, anziché come semplice *diversità del sé*, sono tra le sfide più importanti del moderno diritto amministrativo in un ordinamento democratico di una società aperta e pluralistica[102] – e a maggior ragione in una dimensione ormai globalizzata che spesso rischia di smarrire il senso dell'altro e la dimensione sociale dei diritti[103] – nel tentativo di contemperare, secondo la tecnica del bilanciamento, le irrinunciabili esigenze pubbliche di uno Stato di diritto – la tutela dell'ordine, della sicurezza, della sanità – con i diritti fondamentali dei singoli, cittadini e stranieri, secondo l'assoluto, e altrettanto irrinunciabile, canone della dignità umana e della solidarietà sociale.

A questa sfida che, come è stato efficacemente detto, cerca di tenere insieme la «*riserva del possibile*» e il nucleo di diritti che

---

[101] E. Longo, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, 2012, p. 437, che costruisce i diritti sociali come "diritti a relazioni", «*relazioni sociali che generano quei valori che poi costituiranno la sostanza dei diritti sociali*». V., in termini analoghi, per le discriminazioni di genere e per il ruolo "inclusivo" che gioca il diritto amministrativo, anche a livello locale, A. Simonati, *Politiche di genere e fenomeno migratorio*, cit., p. 651-652.

[102] Sul multiculturalismo quale criterio al quale l'Amministrazione si deve ispirare in una società ormai globalizzata v. F. Francario, *Pubblica amministrazione e multiculturalismo*, cit., p. 644-645.

[103] Basti richiamare al riguardo la riflessione di A. Touraine, *La globalizzazione e la fine del sociale. Per comprendere il mondo contemporaneo*, Milano, 2008, p. 214, laddove rileva che «*più si sviluppano la globalizzazione e gli scambi internazionali, in particolare le migrazioni, più diventa possibile e necessario articolare il riconoscimento dell'altro con la fedeltà al razionalismo e all'affermazione dei diritti individuali*».

incarnano il principio dello Stato sociale[104], il giudice amministrativo, chiamato ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva degli interessi legittimi, intimamente compenetrati alla dignità del migrante, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione, non può e non deve sottrarsi, nel valutare la legittimità e la ragionevolezza o, con espressione di sintesi, la congruità giuridica[105] della decisione amministrativa nei confronti del migrante stesso, nel rispetto dei diritti fondamentali spettanti a questo, come al cittadino, e in nome di quel principio solidaristico[106], dal carattere ormai universale, che è il diretto portato dell'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), quale cardine di un ordinamento effettivamente democratico.

Abstract: The article analyses the case law of the Italian administrative courts on immigration law. In the first paragraph, it is examined the division of jurisdiction between the ordinary judge and the administrative judge, recently amended by the law l. n. 46/2017. In the paragraph 2, the attention is focused on the particularly strict scrutiny of the administrative judge on measures concerning fundamental rights of foreigners. In the third paragraph, in conclusion, the protection of fundamental rights of the foreigners is analysed, highlighting which international, European and constitutional principles are taken into consideration.

Keywords: Administrative judge, Immigrants, Fundamental rights, Judicial protection, Balancing

---

[104] G. Repetto, *La dignità umana*, cit., p. 275.

[105] A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità*, cit., p. 888.

[106] S. Benvenuti, *Giudici e solidarietà in tempi di crisi*, cit., p. 212, la quale rileva che diritti inviolabili e doveri inderogabili, tra loro complementari, rispondono ad una comune aspirazione personalista, che intende superare una visione individualistico-liberale, per porre al centro l'uomo nella sua dimensione sociale. Sul tema della solidarietà v. le riflessioni di S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*[6], Bari, 2014, p. 38, con particolar modo alla sua portata universalistica, di P. Morozzo della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, p. 131, il quale rammenta come, secondo taluni Autori, la solidarietà sia un principio tanto fondamentale nel nostro ordinamento da non essere assoggettabile a procedimento di revisione costituzionale ai sensi dell'art. 138 Cost.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Abstract: Il saggio analizza la giurisprudenza del giudice amministrativo sul diritto dell'immigrazione. Nel § 1 si esamina il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in questa materia, che ha conosciuto una risistemazione nel recente d.l. n. 13 del 17 febbraio 2017, conv. in l. n. 46 del 13 aprile 2017. Nel § 2 si esamina l'intensità del sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sui provvedimenti riguardanti gli stranieri, sindacato particolarmente inteso quando i provvedimenti incidono su situazioni fondamentali dello straniero. Nel § 3, infine, si esamina la tutela dei diritti fondamentali dello straniero davanti al giudice amministrativo, chiamato a garantire l'effettività della tutela e il rispetto di principi costituzionali, eurounitari e internazionali a garanzia dello straniero.

Parole chiave: Giudice amministrativo, Straniero, Diritti fondamentali, Tutela giurisdizionale, Bilanciamento degli interessi, Pericolosità sociale

Massimiliano Noccelli - Consigliere di Stato (m.noccelli@giustizia-amministrativa.it)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*) *

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il caso, e la decisa rivendica da parte della Corte dell'Unione del potere-dovere di decidere le questioni propostele dietro rinvio pregiudiziale in merito alla osservanza di norme eurounitarie ritenute coincidenti con norme costituzionali in relazione alle quali si sia già pronunziata la Corte costituzionale. – 2. Verso una svolta nella giurisprudenza costituzionale a riguardo dell'ordine con cui possono succedersi nel tempo la pregiudizialità "comunitaria" e quella costituzionale? L'eventualità dello scontro e la ricerca del modo più adeguato a prevenirlo o, comunque, a contenerne gli effetti. – 3. Un ragionevole e onorevole compromesso tra le posizioni divaricate delle due Corti, dandosi modo al giudice comune di stabilire, in presenza della denuncia di violazione congiunta della Costituzione e di norma sovranazionale, se adire la Corte di giustizia (facendo, quindi, applicazione diretta della norma stessa, pur laddove quest'ultima sia contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo, si dimostri essere *self-executing* e risulti acclarata la sua incompatibilità con norma interna) ovvero la Corte costituzionale, spianandosi così la via per la eventuale caducazione *erga omnes* della disciplina interna. – 4. Una non inopportuna precisazione, a riguardo della necessità di fugare il rischio di pervenire ad ordinazioni piramidali delle Carte e delle Corti, tutte invece chiamate a partecipare, dietro sollecitazione dei giudici comuni, ad un "gioco" senza fine ed a conseguire punti di equilibrio al piano dei reciproci rapporti, in ragione delle complessive esigenze dei casi, all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti.

*

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

1. *Il caso, e la decisa rivendica da parte della Corte dell'Unione del potere-dovere di decidere le questioni propostele dietro rinvio pregiudiziale in merito alla osservanza di norme eurounitarie ritenute coincidenti con norme costituzionali in relazione alle quali si sia già pronunziata la Corte costituzionale*

Sembra quasi di assistere ad un incontro di fioretto, svoltosi alla vigilia del Natale del 2017, tra la Corte costituzionale e la Corte dell'Unione, in cui non si sa ancora di chi sarà il colpo vincente: un incontro che ha avuto le sue tappe salienti nella sent. n. 269 del 2017, emessa dalla Consulta il 14 dicembre, e nella decisione della Corte di giustizia del 20 dello stesso mese, cui si dirige questa breve annotazione.

Su un solo punto mi preme qui fermare l'attenzione, e riguarda la definizione della linea di confine degli ambiti d'intervento rimessi a ciascuna Corte; un punto, nondimeno, di cruciale rilievo, dal modo con cui venga fissato dipendendo la determinazione degli equilibri istituzionali che tra le Corti stesse si intrattengono e di esse coi giudici comuni, i quali per la verità parrebbero essere tirati da entrambe le parti e, perciò, disorientati circa la via da imboccare al fine di risolvere alcune delle più spinose questioni di ordine interpretativo. Proprio dalle loro iniziative processuali, tuttavia, come si tenterà di mostrare, possono venire, a conti fatti, la spinta e il verso per la conformazione di quegli equilibri.

Con la sent. n. 269 del 2017 la Consulta ha – come si sa – con vigore attratto a sé ogni questione riguardante la violazione di diritti riconosciuti, a un tempo, dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza-Strasburgo, pur laddove agli enunciati di quest'ultima dovesse essere riconosciuta l'attitudine ad essere portati ad immediata applicazione. È vero che i giudici comuni sono stati pur sempre incoraggiati a rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia; in ogni caso, qualunque sia l'esito della pronunzia di quest'ultima, rimarrebbe comunque spianata la via che porta alla Consulta [1]. L'insistito

[1] Non prendo qui in esame l'ipotesi, astrattamente configurabile, che il giudice comune consideri la norma contraria a questa e/o quella Carta affetta da radicale nullità-inesistenza, sì da poterla (e doverla) subito disapplicare. Per quanto, infatti, il vizio in parola non sia sconosciuto alla stessa giurisprudenza costituzionale,

riferimento, presente nella decisione suddetta in ordine alla necessità che la Carta dell'Unione sia interpretata alla luce delle "tradizioni costituzionali comuni", parrebbe poi evocare lo scenario, per più versi preoccupante, di una sempre possibile verifica della linearità e correttezza delle operazioni interpretative poste in essere a Lussemburgo, alle quali – come, da ultimo, insegna la vicenda *Taricco* – il giudice delle leggi si riserva pur sempre di opporre i controlimiti[2].

Non intendo qui intrattenermi nuovamente, dopo averne detto altrove[3], su questa decisione che di sicuro segnerà un momento di svolta al piano dei rapporti interordinamentali. La Corte di giustizia non si è ancora espressa in merito alla congruità del punto di diritto attorno al quale ruota la decisione suddetta, con specifico riguardo cioè all'abbandono, cui i giudici comuni sarebbero obbligati, del meccanismo dell'applicazione diretta delle norme eurounitarie *self-executing* laddove si trovino espresse, a un tempo, dalla Carta dell'Unione e dalla Carta costituzionale[4]. E, tuttavia, la decisione del

---

che ne ha fatto ancora non molto tempo addietro utilizzo in Corte cost. n. 238 del 2014, ugualmente il caso è stato riportato alla cognizione del giudice delle leggi; ciò che sconsiglia di riprenderlo qui in esame.

Esclusa, inoltre, l'ipotesi, essa pure astrattamente configurabile (ma, in tesi, diversa dalla questione che qui ci occupa), che si assuma essere violata *specificamente* ed *esclusivamente* una norma della Carta dell'Unione, senza che al contempo risulti urtata una norma della Costituzione; nel qual caso, la Consulta ovviamente non potrebbe dolersi di non essere stata interpellata e il giudice comune potrebbe, all'esito della risposta ricevuta da Lussemburgo, fare subito applicazione diretta della norma eurounitaria. Dubito molto, però, che la Consulta stessa sia disposta a riconoscere che la nostra legge fondamentale esibisce una lacuna strutturale che invece non si ha in altra Carta dei diritti, quanto meno a stare a Corte cost. n. 388 del 1999, nella quale è risolutamente affermato che in nessun caso la tutela offerta dalla Costituzione è meno intensa di quella apprestata da qualsivoglia altra Carta.

[2] E ciò, sulla base dell'assunto, di cui si è avuta conferma proprio in *Taricco*, che alla formazione delle tradizioni suddette concorrono altresì i principi che stanno a base del nostro ordinamento e ne danno l'identità, apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata.

[3] … nel mio *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione* self-executing *(a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in www.diritticomparati.it, 3/2017, 18 dicembre 2017.

[4] Una strenua difesa dell'indicazione ora venuta dalla Consulta in merito alle tecniche di risoluzione delle antinomie è, soprattutto, in L. Salvato, *Quattro*

giudice di Lussemburgo qui annotata mette alcuni punti fermi che parrebbero presagire l'apertura di un nuovo fronte di guerra tra le due Corti.

La Corte dell'Unione tiene infatti a rimarcare essere comunque di sua spettanza pronunziarsi a seguito di rinvio pregiudiziale in merito ai contenuti di disposti del Trattato e della stessa Carta di Nizza-Strasburgo[5], pur laddove ad avviso del giudice nazionale essi siano sostanzialmente coincidenti con disposti della Carta costituzionale su cui si sia già pronunciato il giudice delle leggi[6].

Tra le altre obiezioni al riguardo mosse dal rappresentante del Governo italiano v'era quella secondo cui l'interpello in precedenza fatto della Corte costituzionale testimoniava *per tabulas* la mancanza di dubbio alcuno in capo al giudice del rinvio in ordine al rispetto della disciplina sovranazionale da parte di quella interna, stante l'obbligatoria precedenza accordata – secondo la giurisprudenza costituzionale – alla pregiudizialità "comunitaria" (*rectius*, eurounitaria) rispetto alla pregiudizialità costituzionale (p. 16). Giustamente, la Corte di giustizia si libera agevolmente della eccezione, facendo osservare (p. 17 ss.) che – ricorrendo le condizioni al verificarsi delle quali il giudice può ovvero, come nella circostanza, deve rivolgersi alla Corte stessa[7] – il rinvio, *dal punto di vista del diritto*

---

interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017, in www.forumcostituzionale.it, 18 dicembre 2017; parimenti vigorosa ed argomentata la tesi volta al mantenimento del meccanismo della diretta applicazione delle norme eurounitarie *self-executing*, pur laddove contenute nella Carta di Nizza-Strasburgo, da R.G. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, nella stessa *Rivista*.

[5] Nella circostanza, erano evocati in campo, oltre agli artt. 26, 49, 56 e 63 TFUE, l'art. 16 della Carta dell'Unione e il principio del legittimo affidamento.

[6] … nella circostanza che ha dato lo spunto per questo commento, con sent. n. 56 del 2015, sulla quale può, volendo, vedersi la mia nota dal titolo *Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 22 aprile 2015, p. 281 s.

[7] Il giudice dell'Unione può infatti legittimamente rifiutarsi di pronunziarsi su una questione sollevata in via pregiudiziale unicamente laddove sia manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione stessa "non ha alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica, o anche quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di

eurounitario, può comunque aversi, indipendentemente dal fatto che si sia già avuto riscontro della pregiudizialità costituzionale sulle medesime norme[8].

2. *Verso una svolta nella giurisprudenza costituzionale a riguardo dell'ordine con cui possono succedersi nel tempo la pregiudizialità "comunitaria" e quella costituzionale? L'eventualità dello scontro e la ricerca del modo più adeguato a prevenirlo o, comunque, a contenerne gli effetti*

Dico subito che sul punto è, a mia opinione, da attendersi una sostanziale convergenza tra le due Corti[9]. D'altro canto, la Consulta sa bene che, al fine di poter centrare l'obiettivo del riporto al sindacato accentrato delle questioni – potremmo dire – di "costituzionalità-eurounitarietà", ha proprio bisogno che le sia offerta l'opportunità di giocare d'anticipo, dandosi pertanto modo ai giudici comuni – se del caso – di far precedere la pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria[10].

La possibilità dello scontro tra le Corti rimane, comunque, ovviamente in piedi. È chiaro che, interpellata per prima e pronunziandosi la Consulta nel senso dell'accoglimento, non rimarrebbe più spazio per una successiva decisione della Corte di giustizia, pur non escludendosi in partenza la eventualità della divergenza rispetto a precedenti e anche risalenti decisioni dello stesso giudice eurounitario[11].

---

diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte" (p. 17, con richiamo a *Muladi*).

[8] In realtà, come si dirà a momenti, è proprio l'identità in parola a risultare teoricamente incerta e perciò meritevole di essere assoggettata a verifica.

[9] L'occasione buona per raggiungere l'accordo potrebbe esser data dalla pronunzia della Consulta di chiusura del caso *Taricco*.

[10] Non è inopportuno rammentare che l'ipotesi è velatamente affacciata da A. Barbera, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in www.rivistaaic.it, 4/2017, 6 novembre 2017, p. 15, alla cui riflessione teorica la sent. n. 269 si è – come si sa – largamente ispirata.

[11] Per la verità, la pronunzia in commento parrebbe restare neutra e indifferente in merito all'esito della risoluzione della questione di costituzionalità, ammettendo comunque la proponibilità di una questione *ex* art. 267 TFUE; non è

Se, di contro, la Consulta dovesse esprimersi nel senso del rigetto e, a seguito di rinvio pregiudiziale, la Corte dell'Unione dovesse accertare la violazione della norma sovranazionale, apparentemente non si avrebbe la violazione del giudicato costituzionale[12]. Il punto è, però, che non è affatto chiaro cosa potrebbe ovvero dovrebbe fare il giudice in una circostanza siffatta, specie laddove la norma dell'Unione violata si trovasse iscritta nella Carta di Nizza-Strasburgo.

Per un verso, infatti, dovrebbe darvi subito applicazione (se *self-executing*); per un altro verso, invece, a stare alla sent. n. 269, dovrebbe tornare a rivolgersi al giudice costituzionale, cosa che tuttavia parrebbe essergli preclusa dalla circostanza di essersi già avvalso di siffatta facoltà (conclusione, questa, valevole ovviamente anche per il caso che la norma dell'Unione risultasse insuscettibile di essere portata ad immediata applicazione). Forse, si potrebbe ragionare nel senso che la questione di costituzionalità prospettata la seconda volta sia, in realtà, da considerare una *nuova* questione, per effetto del mutamento di quadro o, se si preferisce altrimenti dire, di "situazione normativa" [13] conseguente alla pronunzia del giudice dell'Unione nel frattempo avutasi.

Quand'anche, poi, dovesse considerarsi precluso al giudice di tornare ad interpellare la Consulta, nulla ovviamente esclude che possano farlo altri (che, anzi, secondo la 269, sarebbero obbligati a farlo, una volta acclarata dalla Corte di giustizia la violazione della Carta di Nizza-Strasburgo).

Insomma, per l'uno o per l'altro verso, la eventualità del conflitto parrebbe doversi mettere in conto: una eventualità che, invece, dandosi la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria,

---

però dubbio che, *dal nostro punto di vista*, davanti ad una decisione di accoglimento il giudice comune non possa più avvalersi dello strumento del rinvio al giudice dell'Unione, essendo ormai la norma sospetta della violazione del diritto sovranazionale venuta meno ai sensi dell'art. 136 Cost.

[12] … perlomeno a dar credito alla tesi ormai invalsa secondo cui le decisioni in parola non producono la cosa giudicata (una tesi dalla quale ho preso in passato le distanze con argomenti che, nondimeno, non giova ora riproporre a fronte del consolidato indirizzo ormai formatosi, nel quale si riconoscono dottrina e giurisprudenza correnti).

[13] In questi termini si è, in altri luoghi (tra i quali, A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[5], Torino, 2014, p. 93 ss.), qualificato l'oggetto del giudizio di costituzionalità.

unitamente al mantenimento del meccanismo del sindacato diffuso, avrebbe potuto essere o un domani potrebbe essere – almeno in molti casi – scongiurata. È vero che essa rimarrebbe per i casi di lesione di norme sovranazionali non *self-executing*, da tempo – come si sa – dalla Consulta avocati a sé[14]. È pure vero, però, che quest'ultima, a mia opinione, non potrebbe discostarsi dalle indicazioni date in merito ai significati posseduti dalle disposizioni dell'Unione dal suo *giudice naturale*[15], fatta beninteso salva la possibilità di pronunziarsi sulle violazioni della Costituzione.

[14] Nella mia nota, sopra cit., alla sent. n. 269 ho rinnovato il dubbio, già altrove espresso, circa la tenuta teorica dell'intero assetto dato alle antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario e oggi) eurounitario, sotto lo specifico aspetto per cui, in presenza delle stesse, sarebbe consentito ragionare ora nella "logica" della "non applicazione" delle norme interne accompagnata dall'applicazione in loro vece delle norme sovranazionali con le prime incompatibili (ciò che – a stare ad una risalente indicazione della Consulta – equivarrebbe a negare che si dia un vizio delle prime) ed ora invece nella "logica" della invalidità della disciplina interna, laddove contraria a norme sovranazionali non *self-executing*. In particolare, ci si è chiesti se abbia senso rivolgersi al giudice delle leggi perché faccia luogo alla caducazione della disciplina suddetta, quando poi al giudice non rimarrebbe comunque altro da fare che estrarre dalla norma-principio di origine esterna la regola buona per il caso; la qual cosa potrebbe invero fare sin dall'inizio e senza ulteriore dispendio di energie. Né varrebbe opporre che la caducazione in parola, siccome produttiva di effetti *erga omnes*, garantisce ancora meglio, a un tempo, la certezza del diritto e il primato delle norme eurounitarie, dal momento che – portato fino alle sue ultime e lineari conseguenze – il ragionamento dovrebbe indurre al deciso abbandono del meccanismo dell'applicazione diretta per *ogni* specie di antinomia. Ciò che non può essere, e non è (di quest'argomento, tuttavia, non sembra tener conto la sent. n. 269).

Sta di fatto che, per il caso che dovesse accedersi all'ordine di idee secondo cui non è richiesta una pronunzia della Consulta anche in merito alle violazioni di norme sovranazionali prive dell'attitudine ad essere portate ad immediata applicazione, verrebbe meno in radice la possibilità del conflitto tra la Consulta stessa e la Corte di giustizia.

[15] … restando, comunque, pur sempre azionabile contro di essi l'arma dei controlimiti (perlomeno, a dar credito alla teoria, patrocinata con vigore dallo stesso giudice costituzionale, che ne predica la esistenza).

3. *Un ragionevole e onorevole compromesso tra le posizioni divaricate delle due Corti, dandosi modo al giudice comune di stabilire, in presenza della denuncia di violazione congiunta della Costituzione e di norma sovranazionale, se adire la Corte di giustizia (facendo, quindi, applicazione diretta della norma stessa, pur laddove quest'ultima sia contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo, si dimostri essere* self-executing *e risulti acclarata la sua incompatibilità con norma interna) ovvero la Corte costituzionale, spianandosi così la via per la eventuale caducazione* erga omnes *della disciplina interna*

Gli scontri tra i giudici, tanto più laddove aventi natura costituzionale (e tale è ormai da considerare – perlomeno tendenzialmente – la stessa Corte di giustizia[16]) e quale che ne sia l'esito, testimoniano in modo inequivocabile che disposti pur identici nella lettera iscritti in fonti appartenenti a diversi ordinamenti possono caricarsi (ed effettivamente si caricano) di significati e complessive valenze parimenti diversi, a seconda dell'operatore che faccia luogo alla loro ricognizione e, di conseguenza, del punto di vista al riguardo adottato.

Questa conclusione, a prima vista banale, risulta gravida di implicazioni istituzionali di grande momento se riconsiderata dalla prospettiva, dietro indicata, di un ordine non più rigido e tassativo bensì libero e disponibile per il giudice comune col quale far luogo all'interpello di questa o quella Corte – possiamo ormai dire – *materialmente* costituzionale (quale Corte dei diritti, appunto), solo dell'una ovvero dell'altra o, ancora, di entrambe.

Come si vede, il fardello che i giudici sono chiamati a portare risulta essere alquanto pesante, e lo è ancora di più dopo la 269 e la pronunzia della Corte di giustizia che ha dato lo spunto per questa breve annotazione.

Riconsiderata la questione dal punto di vista delle tecniche di risoluzione delle antinomie, è evidente che la messa in atto dell'una tecnica in vece dell'altra potrà dipendere proprio dall'ordine che si darà alle due pregiudizialità in campo. Ovviamente, è da vedere quale

[16] … quanto meno nei casi in cui è chiamata ad assicurare rispetto ai diritti della Carta dell'Unione: un documento normativo – ci dice la sent. 269 – "tipicamente costituzionale".

accoglienza sarà data dai giudici comuni prima e dalla Corte di giustizia poi al punto di diritto fissato dalla sent. n. 269 per ciò che attiene alla riscoperta del sindacato accentrato di costituzionalità in relazione alle violazioni della Carta di Nizza-Strasburgo; un punto di diritto che, a tacer d'altro, comprime in modo vistoso, in uno con l'autodeterminazione dei giudici di merito, il ruolo di nomofilachia della Cassazione [17]. Quand'anche, tuttavia, il giudice dell'Unione dovesse convenire con la Consulta (ed è ipotesi tutta da verificare), ugualmente – come si è veduto – potranno aversi divergenze interpretative per i casi di (presunta) coincidenza dei disposti delle due Carte. E ciò, senza peraltro far passare sotto silenzio le non poche complicazioni che potranno aversi laddove dovesse entrare in campo anche la Corte EDU, specie a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16[18].

Insomma, tutto dipenderà da come i giudici comuni si determineranno in presenza di siffatte, congiunte violazioni di più Carte, privilegiando l'uno ovvero l'altro canale di collegamento con le Corti materialmente costituzionali. La mancanza di un ordine fisso e immutabile per ciò che attiene alla chiamata in campo delle due Corti allarga – come si diceva – gli spazi a beneficio del giudice comune, allo stesso tempo potendo portare a combinazioni assai varie delle norme delle Carte e a rapporti imprevedibili tra le Corti.

La decisione in commento riconduce a forza – giustamente – la Carta di Nizza-Strasburgo e il diritto eurounitario in genere nella sfera di competenza del giudice dell'Unione, dandosi a quest'ultimo *in ogni caso* l'interpretazione dell'una e dell'altro, cui quindi i giudici nazionali *tutti* (Corte costituzionale inclusa) sono tenuti a conformarsi. Per quest'aspetto, di centrale rilievo, la decisione stessa appare essere disallineata rispetto alla sent. n. 269 che invece con pari forza riporta alla Consulta la interpretazione in ultima istanza della Carta suddetta, specificamente – come si diceva – per ciò che attiene alla verifica della

[17] Si ragiona degli scenari al riguardo prefigurabili nel mio *Svolta della Consulta*, cit., i cui rilievi richiedono di essere integrati con le osservazioni che si vanno ora facendo.

[18] Si è, da ultimo, soffermato sui conflitti tra pronunzie delle Corti europee e giudicato nazionale A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, spec. p. 249 ss.

rispondenza delle letture che ne dà il giudice dell'Unione alle "tradizioni costituzionali comuni".

Ora, a mia opinione, un ragionevole e autenticamente mediano punto d'incontro (e, dunque, un onorevole compromesso) tra le divergenti posizioni delle due Corti potrebbe esser dato dal riconoscimento fatto ai giudici comuni di imboccare l'una ovvero l'altra via, quella che porta a Lussemburgo o l'altra che va a Roma, ponendo quindi in essere le tecniche di risoluzione delle antinomie congeniali al tipo di violazione riscontrata: l'applicazione diretta di norme eurounitarie *self-executing*, *pur laddove espresse dalla Carta di Nizza-Strasburgo*, ovvero l'invalidazione ad opera della Consulta, a seconda che sia denunziata la lesione di norma dell'Unione ovvero di norma costituzionale[19]. D'altronde, non si vede perché mai, in caso di denunzia di plurime violazioni, non si possa stabilire a quale dare la precedenza, sottoponendola al vaglio della Corte rispettivamente competente[20].

---

[19] Non si trascuri, peraltro, l'eventualità che sia poi la stessa Corte costituzionale ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale; della qual cosa, dopo la 269, dovrebbe aversi un meno diradato riscontro rispetto al passato. In caso, poi, di congiunta denunzia della violazione di entrambe le Carte, la Consulta potrebbe trovare maggiormente conveniente pronunziarsi subito sul contrasto con la Costituzione, magari avvalendosi della tecnica di assorbimento dei vizi che le darebbe modo di parare il rischio del conflitto con la Corte dell'Unione.

[20] Volendo fare un accostamento, per vero un po' ardito, con altra esperienza processuale, si ha qui qualcosa di analogo a ciò che si ha laddove sia messa in atto la tecnica dell'assorbimento dei vizi, di cui un momento fa si diceva. Verrebbe, dunque, ad esser presa per prima in esame la (supposta) violazione maggiormente appariscente, accertata la quale non v'è motivo di passare all'esame delle altre. È chiaro che rimane poi la differenza al piano degli effetti, dal momento che, quando della tecnica in parola si avvale la Consulta si ha comunque l'annullamento *erga omnes* della norma sottoposta a giudizio (così, perlomeno, *dovrebbe* essere; ma per l'ipotesi alquanto singolare di illegittimità conseguenziale a decisione di rigetto, v. A. Morelli, *L'illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, p. 38 e, dello stesso, *Le conseguenze dell'invalidità: l'incerto ambito di applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della L. n. 87 del 1953*, in *Giur. cost.*, 1/2012, p. 439 ss.; R. Perrone, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità conseguenziale*, in *Giur. cost.*, 1/2010, p. 939 ss., nonché, se si vuole, A. Ruggeri - A. Spadaro, *op. cit.*, 249). Di contro, a seguito della pronunzia della Corte di giustizia potrebbe aversi la disapplicazione della norma interna da parte del giudice comune con effetti limitati al giudizio che davanti ad esso si svolge, salvo il caso di rinvio esperito dal giudice costituzionale.

Potrebbe essere il classico uovo di Colombo in grado di prevenire sul nascere l'eventualità di un conflitto che non si saprebbe poi come risolvere.

4. *Una non inopportuna precisazione, a riguardo della necessità di fugare il rischio di pervenire ad ordinazioni piramidali delle Carte e delle Corti, tutte invece chiamate a partecipare, dietro sollecitazione dei giudici comuni, ad un "gioco" senza fine ed a conseguire punti di equilibrio al piano dei reciproci rapporti, in ragione delle complessive esigenze dei casi, all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*

È, poi, appena il caso di precisare che la tesi ora affacciata non comporta il riconoscimento in capo a questa o quella Corte del potere di dire l'ultima parola sulle controversie di diritto costituzionale. Se è vero, infatti, che anche la Carta dell'Unione, al pari di ogni altra Carta dei diritti, possiede natura di documento "tipicamente costituzionale" – per riprendere nuovamente la qualifica che ne dà la sent. n. 269 –, da siffatto riconoscimento pianamente e linearmente discende – a me pare – la parità giuridica di tutte le Carte e, di conseguenza, delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti. Seguitare stancamente a riproporre lo schema invalso nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui le Carte diverse dalla Costituzione sono comunque tenute a prestare osservanza a quest'ultima[21], equivale a scindere in modo innaturale e forzato la condizione delle Carte rispetto a quella delle Corti. E, invero, non si vede come si possa tenere ferma la pari dignità costituzionale di queste ultime negando allo stesso tempo la premessa da cui essa discende e, per ciò stesso, privando la parità stessa del fondamento positivo necessario a sorreggerla.

Di qui, la conferma di un esito teorico-ricostruttivo, già in altri luoghi raggiunto, secondo cui nessuna ordinazione gerarchica può farsi né tra le Carte né tra le Corti, i loro rapporti restando riservati a mobili combinazioni secondo i casi, governate nelle loro concrete

[21] … ora limitatamente ai principi fondamentali, quanto alla Carta di Nizza-Strasburgo, e ora ad ogni norma costituzionale, quanto alla CEDU (e alle altre Carte che si reputano essere sprovviste della "copertura" offerta dall'art. 11 Cost.).

movenze da quell'autentico "metaprincipio" che è dato dalla massimizzazione della tutela dei diritti, dalla ricerca cioè della fissazione del punto di sintesi più elevato in ragione dei casi stessi e delle loro complessive esigenze.

In questa ricerca, non di rado particolarmente impegnativa e sofferta, un ruolo di prima grandezza – come qui pure si è veduto – sono chiamati a giocare i giudici comuni, cui è dato lo smistamento delle carte del gioco e, a conti fatti, l'orientamento della partita: vuoi perché ad essi spetta la messa a punto delle domande da rivolgere a questa o quella Corte[22] e vuoi perché ad essi compete – per la tesi qui caldeggiata – la scelta della Corte da interpellare. Un gioco che, come vado dicendo da tempo, può riuscire nel migliore dei modi alla sola condizione che ciascuna Corte non coltivi l'insana pretesa a porsi quale la Corte apicale di una costruzione piramidale che veda le altre Corti in posizioni ancillari ma ammetta di potersi confrontare alla pari con esse e che si volga all'interpretazione della Carta dell'ordinamento di appartenenza all'insegna del principio della più efficace tutela, rendendosi pertanto disponibile ad avvalersi di tutti i materiali normativi e giurisprudenziali allo scopo disponibili. La mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, predicata da tempo dalla giurisprudenza costituzionale (specie a partire da Corte cost. n. 388 del 1999, cit.), resta infatti pur sempre la migliore risorsa di cui gli operatori sono dotati, ponendosi a un tempo quale mezzo e fine della ottimale salvaguardia dei diritti. Un obiettivo, questo, che – come si è venuti dicendo – può essere centrato solo alla condizione che ciascuna Corte metta una buona volta da canto il disegno di conquista dello spazio più esteso possibile a detrimento dell'altra o delle altre.

Le battaglie – come la storia insegna – le può vincere una volta l'uno e una volta l'altro contendente in campo; nessun dubbio può però aversi a riguardo del fatto che alla fine della guerra ci saranno sempre e solo perdenti e macerie.

[22] È appena il caso qui di rammentare di sfuggita che l'accoglienza data ad una questione sollevata dal giudice comune davanti a questa o quella Corte dipende proprio dal modo con cui è formulata la domanda, non poche volte assistendosi a questioni rigettate esclusivamente a causa di difetti strutturali da essa esibiti.

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Antonio Ruggeri
Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet*)*

Abstract: Lo scritto si sofferma su una pronunzia della Corte di giustizia (Prima Sez., *Global Starnet*) con cui il giudice dell'Unione rivendica a sé la competenza a pronunziarsi dietro rinvio pregiudiziale su norme dell'Unione stessa ritenute sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzioni sulle quali il giudice costituzionale si sia, a sua volta, già pronunciato. Appare evidente la divergenza di orientamento rispetto alla sent. n. 269 del 2017 della Corte costituzionale, che riporta al sindacato di quest'ultima i casi di violazione di norme della Carta di Nizza-Strasburgo, pur laddove aventi natura *self-executing*, una divergenza per effetto della quale possono aversi conflitti tra le Corti anche gravi. Si prospetta quindi la soluzione di dar modo al giudice comune di scegliere a quale Corte rivolgersi, ponendo quindi in essere la tecnica di risoluzione delle antinomie a ciascuna di esse congeniale.

Parole chiave: sentenza *Global Starnet* della Corte di giustizia; violazione congiunta di norma della Costituzione e di norma dell'Unione; tecniche di risoluzione delle antinomie

Antonio Ruggeri - Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina, antonio.ruggeri@unime.it

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*

Roberto Conti

Premetto che la vicenda c.d. *Taricco* non mi ha mai entusiasmato, per ragioni che non è qui il caso di indagare.

Dovrei già solo per questo cospargermi il capo di cenere e riconoscere di avere sottovalutato la portata di tale questione, messa più volte a fuoco da autorevoli penalisti e costituzionalisti, soprattutto considerando che proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 269/2017, pare abbia trovato un solido argomento nell'intervento chiarificatore della Grande Sezione del 5 dicembre 2017 e, soprattutto, nella scelta di sollevare il rinvio pregiudiziale che l'ha propiziato (Corte cost., ord. 24/2017), per rivoluzionare il sistema di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riproclamata a Strasburgo nel 2007.

È noto, ormai, che stando all'*obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017, proprio l'ipotesi di sovrapponibilità fra diritti di matrice costituzionale e diritti protetti dalla Carta UE determina, in caso di *vulnus* concorrente alle due Carte – immaginandosi nella prospettiva della Corte costituzionale la portata tendenzialmente immanente della Costituzione –, l'intervento regolatore della Corte costituzionale, al fine di salvaguardare la certezza del diritto, obbligando il giudice comune a sollevare questione di costituzionalità, in mancanza della quale egli non potrà disapplicare la norma interna.

Già diffusamente ed in altra sede la dottrina ha messo in risalto la carica fortemente innovativa di tale pronunzia[1]. Anche chi scrive ha

---

* L'articolo stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a double-blind peer review.

[1] A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in questa *Rivista,* 3/2017, p. 230 ss.; C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 18 dicembre 2017; L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017, ivi,* 18

avuto modo di mettere in discussione, in altra sede, i postulati ai quali è agganciata la sentenza n. 269/2017 ed a quelle riflessioni ci si permette di rinviare, per quel nulla che valgono, per brevità[2].

Su qualche ulteriore aspetto si può dunque in questa sede tornare a ragionare.

È stato detto[3] che la Corte abbia inteso ribaltare il piano delle (due) pregiudizialità fin qui coniato, peraltro dallo stesso giudice costituzionale, anteponendo il controllo di costituzionalità alla verifica di compatibilità con la Carta UE. Questo determinerebbe, nelle intenzioni della Corte costituzionale, che la questione di pregiudizialità eurounitaria andrebbe messa in coda rispetto al controllo di costituzionalità – divenuto *ex abrupto* accentrato rispetto alla Carta UE –, realizzando, in questo modo quella rivoluzione copernicana già ventilata dai primi autorevoli commentatori.

Le ragioni del cambiamento sarebbero da ricondurre alla progressiva marginalizzazione della Corte costituzionale, spaventosamente emarginata dal suo naturale ruolo di "controllore" dei diritti con base costituzionale.

È dunque questa situazione di subalternità a non essere gradita, né piace che il giudice comune dialoghi *intensamente* con la Corte di giustizia, additando il dato della crescita dei rinvii pregiudiziali come spia dell'isolamento[4]. Sicché questa "fascinazione" nella quale sarebbe incorso il giudice comune non poteva che giustificare l'intervento della Corte costituzionale, primo e principale garante del tratto

---

dicembre 2017; A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017, ivi,* 18 dicembre 2017; A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet),* in questa *Rivista,* 1/2018; D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 24 gennaio 2018; G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 25 gennaio 2018.

[2] R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 dicembre 2017.

[3] Cfr. G. Scaccia, *op. cit.*

[4] Cfr. ancora G. Scaccia, *op. cit.*, p. 5.

costituzionale dei diritti fondamentali, proprio per invertire la rotta sulle sorti del giudizio di costituzionalità, seriamente minacciato.

Non solide, come già ci è capitato di rappresentare, sono apparse le ragioni poste alla base del cambiamento rivoluzionario.

Né il richiamo alla marginalizzazione della Corte costituzionale si fonda su dati consultabili che possano mettere creare una relazione tra l'aumento dei rinvii pregiudiziali alla Corte UE e la riduzione degli incidenti di costituzionalità.

Semmai, è vero che alle richieste di rinvio pregiudiziale hanno fatto seguito, in genere, orecchie comprensive ed attente da parte del giudice di Lussemburgo, che ha usato con estrema parsimonia lo strumento di irricevibilità, marcando in modo preciso la propria incompetenza su questioni aliene al diritto eurounitario. In definitiva, la Corte UE si è dimostrata pronta a fare funzionare il "dialogo" nel modo migliore, per l'appunto rispondendo alle richieste di chiarimento e non chiudendosi a riccio con comode "non risposte"[5].

Del resto, non è un mistero che, secondo la costante giurisprudenza di Lussemburgo, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale nel contesto di diritto e di fatto che questi individua sotto la propria responsabilità, del quale non spetta alla Corte verificare l'esattezza, godono tuttavia di una *presunzione di rilevanza*. La Corte UE afferma, infatti, che essa può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non presenti alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica e la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni sottopostele[6].

Ne consegue che il rifiuto, da parte della Corte UE, di pronunciarsi su una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora *appaia in modo manifesto* che l'interpretazione richiesta del diritto dell'Unione non ha alcun

[5] Di tanto può trarsi conferma nella recente Corte giust., 20 dicembre 2017, C-276/16, *Preqù,* resa il 20 dicembre 2017, in materia di contraddittorio endoprocedimentale.

[6] Tra le altre, v. proprio Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, punto 27.

rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo teorico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte[7].

Indagare sul modo con il quale le porte del controllo di costituzionalità si sono spesso chiuse non sarebbe probabilmente inutile, anche per verificare l'impatto – anche emotivo, se vogliamo rimanere sul versante sentimentale nel quale viene, a mio parere del tutto ingiustamente ed immeritatamente, posto il giudice comune – che una questione di costituzionalità disattesa con decisione di inammissibilità può indurre nel giudice remittente[8].

Né è peregrino pensare che tale indagine darebbe modo di evidenziare il perché di un *appeal* maggiore del quale gode il rinvio pregiudiziale sull'incidente di costituzionalità.

D'altra parte, la finalità del rinvio pregiudiziale è tutt'affatto diversa dall'incidente di costituzionalità. Il primo, inserito in una cornice intersistemica, tende a chiarire la portata di una disposizione[9]; il secondo a realizzare un controllo accentrato sulla costituzionalità di una norma interna.

Il primo si atteggia come un ausilio fondamentale per il giudice – ora non soltanto più comune – che non modifica in alcun modo la capacità decisionale del giudice che solleva il rinvio pregiudiziale. L'incidente di costituzionalità spoglia – fin qui definitivamente – il remittente del potere di decidere sulla questione sollevata, almeno rispetto al profilo indicato nell'ordinanza di rimessione.

Ora, la diversità di passo e di prospettive fra rinvio pregiudiziale e incidente di costituzionalità non può non ripercuotersi su quello che vorrebbe diventare il nuovo sistema di *verifica dell'osservanza dei*

[7] V., in particolare, Corte giust., 10 maggio 2017, C-690/15, *Wenceslas de Lobkowicz*.

[8] V., sul tema, di recente e diffusamente, G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio delle leggi*, Napoli, 2017 e, con specifico riferimento alle pronunzie di inammissibilità, spec. p. 277, 280 e ss.

[9] Come è stato puntualmente evidenziato da M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale,* in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri,* vol. I, Torino, p. 485.

diritti fondamentali che la Corte costituzionale, per non restare fuori dal giro, intende caldeggiare.

La questione non è marginale, poiché nel meccanismo di protezione dei diritti di matrice UE il fortissimo tasso di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale del quale si diceva sopra – è sufficiente consultare la Relazione del Presidente della Corte costituzionale, relativa all'anno appena trascorso[10], i cui dati evidenziano che delle 158 sentenze rese in seguito ad incidente di costituzionalità ben 78 sono state con dispositivo di inammissibilità – non potrebbe non ripercuotersi sul canone di effettività delle tutele offerte dal giudice nazionale ai diritti che affondano le loro radici nella Carta UE.

In altri termini, come già ci è capitato di riflettere in passato, il passaggio del controllo di conformità alla Carta UE per il tramite dell'incidente di costituzionalità non è affatto neutro, ma impone la sottomissione del sistema di protezione della Carta ai canoni previsti dall'incidente di costituzionalità. Altro è riconoscere la necessità che vi sia un controllo di costituzionalità autonomo riservato al giudice costituzionale, altro è, invece, riservare in via esclusiva il controllo della sussistenza di una violazione della Carta UE al sindacato della Corte costituzionale, addossando sulle parti i rischi rappresentati dall'introduzione di un meccanismo di incidentalità estraneo al sistema UE.

Né può sottacersi che, a fronte di un atteggiamento di *self restraint*, rispettoso delle identità costituzionali posto in essere dalla Corte di giustizia con le sentenze 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A contro B e altri* e GS e 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli* e, da ultimo, con la sentenza *Global Stainer* del 20 dicembre 2017[11] l'approccio scelto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 269/2017 è risultato decisamente più aggressivo malcelando, attraverso una prospettiva di dialogo ascendente, il tentativo di realizzare un ricorso "armato" al rinvio pregiudiziale. Rinvio pregiudiziale che, a ben considerare, nelle mani della Corte costituzionale sembra collocarsi in una posizione *sui generis,*

[10] Disponibile in www.cortecostituzionale.it, p. 10, nota 21.

[11] Commentata da A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione,* cit.

tutt'affatto diversa rispetto a quella del giudice nazionale di ultima istanza.

Essa Corte, infatti, non dovrebbe né potrebbe essere considerata giudice di ultima istanza, poiché anche nell'ipotesi in cui decidesse di espungere dall'ordinamento interno la norma in contrasto con la Carta UE, all'esito del rinvio, non si porrebbe come giudice del caso concreto, invece riservato al giudice comune, il quale a sua volta, come riconosce la stessa Consulta, ha il potere di sollevare in via autonoma il rinvio pregiudiziale che, per l'appunto, si atteggerà secondo gli ordinari canoni di facoltatività od obbligatorietà ben sedimentati nella giurisprudenza eurounitaria.

La circostanza che il sindacato accentrato sulla Carta UE faccia diventare la Corte costituzionale una sorte di giudice di unica istanza sulle sorti della Carta non impedisce, infatti, al giudice comune di replicare il rinvio pregiudiziale e, probabilmente, di arrivare ad una conclusione diversa da quella raggiunta, in caso di pronunzia di rigetto della q.l.c., dalla Corte costituzionale. Ciò pone, indiscutibilmente, la Corte costituzionale in una posizione privilegiata, non potendosi ritenere che essa abbia un obbligo di rinvio, secondo la giurisprudenza *Cilfit*. Posizione che, per l'appunto la Corte costituzione predilige, su di essa riservando il potere di stabilire o meno il ricorso a tale strumento di raccordo.

Allo stato, la Corte costituzionale non ha avuto modo di chiarire quali potrebbero essere gli effetti di una decisione del giudice comune che, dopo avere adito la Corte di giustizia per verificare se la Carta UE osta all'applicazione di una norma interna, ricevendo risposta positiva da Lussemburgo, decida di orientarsi in maniera opposta alla pronunzia della Corte costituzionale che aveva, in precedenza, rigettato la questione sollevata – nello stesso o in altro giudizio –. Sul punto, in ogni caso, resta fermo l'indirizzo della Corte di giustizia, secondo il quale il giudice nazionale – e soprattutto il giudice di ultima istanza – ottenuta risposta della Corte su questione concernente l'interpretazione del diritto dell'Unione, o allorché la giurisprudenza della Corte abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve fare tutto il necessario affinché sia applicata tale

interpretazione del diritto dell'Unione[12]. Si è così chiarito, in tale occasione, «...che il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte a titolo dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza *Elchinov*, C-173/09, punto 30)». La Corte non ha mancato di aggiungere, nella medesima occasione, che «...l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza *Simmenthal,* 106/77, EU:C:1978:49, punto 20)». Ne consegue che «... il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

Dunque, all'orizzonte si va delineando un nugulo di questioni ancora inesplorate che si possono senza alcuna pretesa di completezza cominciare ad enumerare nei modi seguenti: 1) effetti della proposizione di un incidente di costituzionalità che utilizza come parametri di costituzionalità allo stesso tempo la Costituzione e la Carta UE; 2) effetti della pronunzia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata nello stesso procedimento, effetti della pronunzia di rigetto pronunziata dalla Corte costituzionale in altra vicenda processuale precedente; 3) effetti della pronunzia di rigetto della Corte costituzionale nel medesimo procedimento rispetto ad una sentenza interpretativa della Corte UE sollecitata dal giudice comune che propende per la disapplicazione, proposizione di una questione di legittimità costituzionale che pone alla sua base unicamente il parametro costituzionale o soltanto quelli di cui agli

[12] Corte giust., Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE).*

artt.11 e 117 Cost.; 4) possibilità di sperimentare contemporaneamente il rinvio pregiudiziale alla Corte UE e l'incidente di costituzionalità da parte del giudice comune – in maniera ultimativa dalla Corte costituzionale sulle quali la stessa non mancherà di offrire chiarimenti.

È, peraltro, l'onerosa ricerca di basi normative più solide di quelle evocate nella sentenza n. 269/2017 a rendere poco comprensibile un cambio di passo della giurisprudenza costituzionale avvenuto a più di dieci anni di distanza dalla riproclamazione della Carta UE che, attribuendo ad essa valore pari ai Trattati, avrebbe determinato quella sostanziale sovrapposizione fra Carta e Costituzione di cui riferisce la sentenza n. 269/2017. Sovrapposizione negata fino a pochi mesi prima (sentenza n. 111/2017) quando la stessa Corte ebbe a posizionarsi, proprio con espresso riferimento alla Carta UE, sui solidi principi fino ad allora elaborati con riguardo a tutto il diritto UE. Del resto, una prospettiva esattamente opposta a quella espressa nel dicembre 2017 la Corte costituzionale aveva espresso nella sentenza n. 56/2015 – che avrebbe poi dato il là alla sentenza della Corte di giustizia resa il 21 dicembre 2017 nel caso *Global Starnet*[13].

In quella occasione, infatti, malgrado il tentativo delle parti private di *sondare* il polso della Corte costituzionale, sollecitando un rinvio pregiudiziale in ordine alla portata dell'art. 41 della Carta UE con riguardo al principio della tutela dell'affidamento – già prospettato con riguardo al parametro di cui all'art. 3 Cost. dal remittente – la Corte costituzionale ebbe a mantenere nettamente separate le contestazioni, escludendo di potere intervenire su un parametro non indicato dal giudice remittente, facendosi appunto scudo del fatto che non era stato evocato alcun parametro sovranazionale. Posizione, quest'ultima, che se poteva risultare assolutamente comprensibile in relazione allo stato dell'arte fino a quel momento dalla stessa Corte costituzionale confezionato quanto alle tecniche decisorie riconducibili alla violazione del diritto UE sembrerebbe, oggi, vacillare proprio in relazione alla postulata sovrapponibilità delle tutele offerte dalle due Carte.

Se si muove dalla circostanza che il controllo incidentale del giudice costituzionale sulla Carta UE presuppone la sovrapponibilità

[13] Su cui ancora v. il commento di A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione,* cit.

fra diritti protetti da Carta UE e Costituzione, viene difficile ipotizzare che la verifica della Consulta possa orientarsi unicamente su uno dei due parametri. Se, infatti, il giudice comune omettesse di indicare la Carta UE, evocando il solo parametro costituzionale, egli incorrerebbe in un evidente errore di diritto, tralasciando di applicare al caso, governato dal diritto UE, la "sua" Carta dei diritti fondamentali. Se, per converso, egli si limitasse ad invocare il parametro della Carta UE, verrebbe difficile immaginare che la Corte costituzionale non decida di procedere, dopo la verifica che la controversia involge comunque il diritto UE, ad una verifica della sussistenza della sovrapponibilità della disposizione della Carta UE con la Costituzione e, dunque, del contenuto stesso del parametro costituzionale. Si tratterebbe, del resto, di una verifica indispensabile proprio perché, per quanto ci insegna Corte cost. n. 269/2017, in tanto si presenta l'obbligo del sindacato accentrato, in quanto vi sia sovrapponibilità, da ponderare ovviamente non in astratto ma in concreto. Non si tratterebbe, infatti, di ampliare il sindacato di costituzionalità rispetto a parametri non esposti dal remittente – evenienza più volte esclusa dalla stessa Corte costituzionale – ma, a monte, di verificare le condizioni stesse che, sole possono giustificare l'intervento della Corte costituzionale, appunto rappresentate, secondo le rime della sentenza n. 269/2017, dalla sovrapponibilità di tutele fra le due Carte, mancando la quale non si porrebbe nemmeno l'esigenza dell'intervento della Corte costituzionale.

Se, dunque, tale verifica non fosse compiuta dal giudice remittente all'atto di sollevare una questione di costituzionalità che involge unicamente il parametro contenuto nella Carta UE che, fulminato sulla via di Damasco dalla sentenza n. 269, avesse inteso quel *dictum* come obbligo di rimessione *tout court* alla Corte costituzionale di ogni questione che involge la Carta UE, a verificare essa stessa se e in che misura esiste la sovrapposizione fra le due Carte. Il caso non è affatto ipotetico.

Si pensi alle vicende, assai contrastate, concernenti il contraddittorio endoprocedimentale in ambito tributario [14], in relazione alle quali potrebbe porsi un problema di verifica

[14] Per cui v., in termini generali, Corte cost., sent. 132/2015 e Cass. civ., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24823.

dell'esistenza di un parametro costituzionale sovrapponibile in tutto o in parte all'art. 41 della Carta UE e, a cascata, di valutazione in ordine alla possibilità del giudice comune di operare senza interpellare la Corte costituzionale e, dunque, di disapplicare la norma interna contrastante con la Carta UE[15].

Occorre quindi ulteriormente riflettere sulla prospettiva che ha condotto la Corte costituzionale ad anestetizzare la possibilità del giudice comune di fare diretta applicazione della Carta UE, se non all'esito del controllo di costituzionalità. Il fine ultimo si attuerebbe, nelle intenzioni della Corte, in diversi modi.

Secondo la sentenza n. 269/2017, infatti, «il richiamo all'ordine del giudice comune»[16] si realizza per l'un verso imponendogli di rivolgersi immediatamente alla Corte costituzionale quando abbia il sospetto che vi possa essere una violazione di un diritto che va ad incidere sulla Carta UE – se sovrapponibile a quello protetto dalla Costituzione –. La Corte non si preoccupa minimamente, dunque, delle sorti del giudizio *a quo*, tutta presa dal perseguimento di un'istanza "di sistema" (che, a ben considerare, non è affatto alla base del sistema di protezione del diritto UE, né ha introdotto uno Statuto speciale di operatività per la Carta che racchiude i diritti fondamentali dell'Unione europea) ma impone al giudice comune di trasferire ad essa la questione per il tramite dell'ordinanza di non manifesta infondatezza che il remittente potrà sollevare scegliendo il parametro ritenuto pertinente.

Fin qui la Corte costituzionale, la quale non fa mistero del fatto che essa potrà comunque utilizzare il rinvio pregiudiziale per dialogare con la Corte europea. Ciò dovrebbe accadere tanto nell'ipotesi in cui il giudice comune abbia dubbi in ordine

[15] Ma v., diversamente, A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive),* testo rielaborato di una relazione al Seminario su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana: esperienze a confronto*, nell'ambito del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti "Alessandro Pizzorusso"*, Pisa 2 febbraio 2018, p. 3 che invece sembra preconizzare una posizione della Corte costituzionale favorevole a considerare sempre esistente la sovrapposizione dei diritti della Carta UE con la Costituzione, in relazione al carattere tendenzialmente completo di quest'ultima).

[16] Così D. Tega, *op. cit.*

all'interpretazione del diritto protetto dalla Carta UE, quanto in quella in cui la richiesta di rinvio pregiudiziale dovesse riguardare specificamente – attraverso l'ormai sperimentata formula che si esprime con il termine "osta" – la possibilità di considerare o meno la normativa interna incompatibile con quella della Carta UE. Pertanto, la sovrapponibilità della Carta UE con i diritti garantiti dalla Costituzione renderebbe possibile una sorta di sindacato diffuso di costituzionalità. Per tale motivo, dunque, l'obbligatorietà del rinvio ad essa della questione.

E tuttavia, il sindacato diffuso del giudice comune in relazione alla Costituzione potrebbe permanere in forma indiretta, per il tramite della Carta dei diritti UE, se all'esito della sentenza di rigetto o di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale si riconoscesse a quel giudice la possibilità di disapplicare la disposizione interna sulla base di quanto indicato in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte di giustizia, in altro caso o nello stesso.

In ogni caso, se il giudice comune dovesse realmente attendere la pronunzia della Corte costituzionale prima di tornare a potere esercitare il ruolo che per Costituzione gli compete – quello di decidere le controversie poste al suo vaglio – e dovesse, dunque, ritenere di discostarsi dalla decisione – di rigetto – della Corte costituzionale, egli si vedrebbe comunque dimezzato dei suoi poteri, poiché non avrebbe la possibilità di disapplicare il diritto interno contrastante con la Carta UE, potendo unicamente esercitare il potere – trasformato in dovere – di sollevare il rinvio pregiudiziale. Il potere di disapplicazione potrebbe essere recuperato, in *extremis*, solo nel caso in cui vi sia una pronunzia della Corte di giustizia. Ma questo potere, secondo la lettera della sentenza n. 269/2017, riguarderebbe la possibilità di «...disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità , ove*, per altri profili*, la ritengano contraria al diritto dell'Unione...» (enfasi aggiunta).

Anche su questo punto non è dato agevolmente intendere se la Corte costituzionale – investita per il tramite di un giudizio incidentale che pone come parametro il dato rappresentato dalla Carta UE – intenda riconoscere una possibilità di disapplicazione che non vada comunque ad intaccare il contenuto della pronunzia di rigetto

precedentemente resa e, dunque, riguardi «altri ambiti», diversi da quelli esaminati innanzi a sé, ovvero sia disposta *tout court* ad un'ipotesi di contrasto netto fra l'esito del giudizio di costituzionalità e quello innanzi al giudice comune.

L'ipotesi non è tanto peregrina, se si considera che il contrasto potrebbe realizzarsi quando il grado di tutela offerto a livello UE sia maggiore di quello ritenuto costituzionalmente dovuto. Non pare infatti potersi dubitare che se, in casi simili, dovesse ritenersi necessario un nuovo intervento della Corte costituzionale, magari per verificare la tenuta della soluzione prospettata dalla Corte di giustizia rispetto ai controlimiti[17] impedendo al giudice comune di disapplicare la norma interna contrastante con la Carta UE, pochi margini vi sarebbero per sostenere che l'intricato meccanismo di passaggi a livello e semafori introdotto dalla Corte delle leggi sia in grado di resistere alla verifica di contrasto con il diritto UE da parte della Corte di giustizia.

Evidente, sarebbe, infatti, come già rilevato in dottrina[18], la vistosa compressione del canone dell'autodeterminazione dei giudici di merito e, quel che più rileva, del ruolo di nomofilachia della Cassazione[19]. Si tratterebbe, in altri termini, di una profonda modifica del sindacato di incidentalità che finirebbe con l'espandersi a tutto detrimento della Cassazione, rompendo quell'alleanza che aveva, in definitiva, caratterizzato i periodi più recenti dei rapporti fra le due Corti[20].

Tale approdo, d'altra parte, contrasterebbe nettamente, soprattutto per il giudice di ultima istanza, con l'intero diritto UE – scritto e vivente – ancorato alla giurisprudenza *Cilfit* che ha codificato le ipotesi di rinvio pregiudiziale obbligatorio.

---

[17] Ipotesi ventilata da Ruggeri, nel commento alla sentenza *Global Starnet*: cfr. A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione,* cit.

[18] Cfr. A. Ruggeri, *ibid.*

[19] Cfr. A. Ruggeri, sia nel primo commento alla sentenza n. 269/2017 (*Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti,* cit.) che nelle riflessioni a margine della sentenza *Global Starnet* della Corte di giustizia (*Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione,* cit.).

[20] V., ancora, G. Repetto, *op. cit.*, p. 311.

In altri termini, l'effetto che verrebbe a prodursi se si interpreta la sentenza n. 269/2017 nel senso di escludere il potere di disapplicazione diretto in ipotesi di declaratoria di rigetto dell'incidente di costituzionalità, sarebbe quello di svuotare il ruolo del giudice comune e di riversarlo sulla Corte di giustizia, in tal modo stravolgendo la stessa funzione del giudice di Lussemburgo, che ha sempre riservato unicamente al giudice nazionale la valutazione finale sull'esito della lite e sul "come" utilizzare i meccanismi riconosciuti per realizzare la migliore tutela del diritto UE – interpretazione conforme, disapplicazione, responsabilità dello Stato – in relazione all'interpretazione resa in sede di rinvio pregiudiziale.

Nella prospettiva della Corte costituzionale, per converso, solo l'intervento della Corte di giustizia potrebbe consentire ciò che invece, ontologicamente, attiene alle dinamiche del diritto UE, siano esse combinate alla Carta dei diritti fondamentali od a diritti non contemplati dalla Carta. Sicché la disapplicazione non sarebbe possibile se non per il tramite dell'intervento della Corte di giustizia.

Non può sfuggire come tale posizione rappresenti un attacco non dichiarato al sistema di protezione dei diritti di matrice eurounitaria che trovano la loro genesi nella Carta dei diritti UE.

D'altra parte, l'accostamento degli esiti ai quali giunge la sentenza n. 269/2017 ai casi francese e austriaco, già esaminati dalla Corte di giustizia, non è per nulla agevole – e già la dottrina lo ha evidenziato[21] –, se pure si riflette sulle modalità con le quali la scelta della Corte costituzionale è maturata, che possono così sintetizzarsi: a) estemporaneità della soluzione adottata, a distanza di pochi mesi da altra pronunzia di segno diametralmente opposto (Corte cost., sent. 111/2017); b) natura pretoria della svolta, non prevista da alcuna disposizione della Costituzione; c) opinabilità delle ragioni poste a sostegno della svolta dalla dottrina che ha ispirato la sentenza n. 269/2017, in assenza di prese di posizione recenti delle Corti supreme interne capaci di conclamare l'attentato al ruolo della Corte costituzionale e della Costituzione; d) impossibilità di estendere il meccanismo ipotizzato alla Corte di Cassazione in assenza di tutela cautelare (sul punto si rinvia a quanto già esposto nel commento già ricordato alla sentenza n. 269/2017).

[21] Cfr. G. Scaccia, *op. cit.*

Ci sarebbero, dunque, plurime ragioni per indurre i giudici comuni – di merito e di legittimità – più coraggiosi e consapevoli della reale posta in gioco a decidere, non certo in chiave eversiva, ma semmai quale autentico «braccio periferico del sistema giurisdizionale europeo»[22] di interpellare la Corte di giustizia sulla tenuta eurounitaria della costruzione pretoria espressa dalla Corte costituzionale, visto che tra le righe della sentenza n. 269/2017 non è dato intravedere un divieto di interpellare la Corte europea sul tema della compatibilità del meccanismo anzidetto con le coordinate generali del diritto UE.

D'altra parte, la dottrina non ha mancato di esternare la propria sorpresa rispetto alla posizione assunta dalla Corte costituzionale orientata, attraverso il richiamo della clausola generale delle tradizioni costituzionali comuni, per l'un verso a "nazionalizzare" la tutela dei diritti fondamentali anche qualora si versi nel campo di applicazione del diritto dell'Unione e, per altro verso, ad accentrare in sé il ruolo di garante ultimo della tutela dei diritti[23].

Quel che la Corte costituzionale non ha tuttavia considerato sembra essere il dato che la Carta UE è uno strumento che si pone innanzi al giudice comune come qualunque altro documento di matrice eurounitaria e che, dunque, impone al giudice comune – del diritto dell'UE – di interpretarlo e di interpretare le norme interne in modo conforme al diritto UE, eventualmente chiedendo ausilio alla Corte di Giustizia. La Corte costituzionale si pone, in prima battuta, in un'ottica che sembra marginalizzare il ruolo del giudice comune quale interprete naturale della Carta UE, senza tuttavia annullarlo. Quando, infatti, il giudice comune è chiamato a fare applicazione della Carta UE senza che venga in discussione la necessità di disapplicare la norma interna con essa contrastante, permane in capo a quel giudice il compito di dare attuazione al diritto protetto dalla Carta e di "interpretarlo". In quest'attività interpretativa la Corte non pare voglia entrare, di guisa che permane in capo al giudice il potere di interpretare la Carta UE, di delinearne i contenuti e di interpretare il

[22] L'espressione, straordinaria, è di M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 488 – attraverso il meccanismo di cui all'art. 267 TFUE;

[23] P. Mori, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in www.dirittounioneeuropea.eu, dicembre 2017.

diritto interno in modo conforme. Ciò, visto da altra angolazione, sembra essere il tallone d'Achille della costruzione della sentenza n. 269/2017. Ed è stato ancora una volta Antonio Ruggeri a considerare tale aspetto quando ha osservato che proprio dalla sentenza n. 269 può venire «...una spinta vigorosa per un uso ancora più insistito e incisivo del canone dell'interpretazione conforme»[24].

In questo modo il giudice comune potrà sperimentare tutte le tecniche interpretative, alquanto elastiche, che il diritto UE gli riserva per consentire la piena attuazione dei diritti della Carta, dovendo fermarsi soltanto innanzi ad un contrasto insanabile fra testo del diritto interno e diritto protetto dalla Carta, per passare la palla alla Corte costituzionale.

E già questo consente di ritenere che il percorso pensato dalla Corte costituzionale sarà minato da numerosi e ad oggi imprevedibili ostacoli, tutte le volte in cui il giudice comune intenda attivare il rinvio pregiudiziale quale strumento di ausilio interpretativo della Carta UE.

Senza dire che la scelta di investire la Corte costituzionale dell'incidente di costituzionalità rimane pur sempre nelle mani del giudice comune.

In conclusione, non appare particolarmente "seducente" il ruolo aggiuntivo che il giudice comune, per il tramite della Carta UE, verrebbe ad assolvere in un ipotetico dialogo diretto con la Corte costituzionale, contribuendo in maniera decisiva al ristabilimento e consolidamento dei diritti fondamentali attraverso la pronunzia di incostituzionalità sollecitata alla Consulta, capace di spiegare effetti *erga omnes* e, dunque, di purificare in maniera stabile e duratura il sistema.

Il compito del giudice comune – e non solo nella prospettiva del diritto UE – pare essere quello di solutore di conflitti posti al suo vaglio dalle parti, in una prospettiva servente al caso e solo occasionalmente prestata ad operazioni destinate a fuoriuscire dal perimetro della vicenda processuale – com'è appunto il caso dell'incidente di costituzionalità ovvero in funzione della finalità nomofilattica riservata alla Corte di Cassazione e per certi limitati aspetti, fissati per legge, alle altre giurisdizioni superiori non ordinarie

[24] A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive),* cit., p. 7.

–. Ma tanto nell'una quanto nell'altra prospettiva non si può disconoscere che rimane sempre in capo al giudice comune la scelta ermeneutica in ordine all'individuazione della portata della norma – interna e di diritto UE – ed alla necessità di investire la Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale. Il giudice comune è anche giudice del diritto eurounitario e rispetto a questo "cappello" egli è parimenti tenuto a svolgere in modo pieno ed effettivo il suo ruolo. Compito che ha svolto proficuamente dialogando con la Corte di giustizia. Per questo si è di recente insistito[25] nel ritenere che «una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta si porrebbe in diretto contrasto con la sentenza *Simmenthal* e con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE».

La vicenda *Taricco* – I e II – che pure sembra agli occhi della sentenza n. 269/2017 dimostrare la proficuità del dialogo fra Corte costituzionale e Corte di giustizia non risulta, in realtà, giocare un ruolo particolarmente rilevante a favore della svolta operata dal giudice costituzionale, ove si consideri che il rinvio pregiudiziale in quella vicenda, proprio stando a Corte cost. n. 24/2017, venne promosso in una prospettiva del tutto peculiare da parte del giudice costituzionale, proprio al fine di ponderare l'eventuale contrasto dell'ordinamento UE con i c.d. controlimiti interni[26] e non già per investire la Corte UE di un quesito relativo alla portata di una disposizione della Carta UE.

Non mancheranno, in ogni caso, le occasioni alla stessa Corte costituzionale per definire compiutamente il percorso iniziato con la sentenza n. 269/2017.

Il futuro prossimo sarà dunque lastricato da pronunzie di vario segno, ancora una volta a conferma di quanto il diritto dei nostri giorni sia frutto precipuo delle Corti, nazionali e sovranazionali.

---

[25] L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, cit., 6.

[26] Come puntualmente osservato da C. Schepisi, *La Corte costituzionale e il dopo* Taricco. *Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in www.dirittounioneeuropea.eu, dicembre 2017.

Non sembra affatto impedito al giudice nazionale, soprattutto se di ultima istanza, di rivolgersi immediatamente alla Corte UE non solo per consentire uno *screening* sulle prospettive aperte dalla sentenza n. 269/2017, ma anche per ottenere l'interpretazione della norma contenuta della Carta dei diritti fondamentali UE e, all'esito, verificare gli effetti di quella pronunzia ai fini della decisione della controversia posta al suo esame alla luce della sentenza n. 269/2017. Né, per quanto detto in questa occasione e in precedenti riflessioni, pare remota la possibilità che egli valuti ulteriori mosse per salvaguardare non il suo orticello o per fomentare ulteriori guerre fra Corti, ma unicamente l'esigenza sottesa alla pratica ed effettiva attuazione dei diritti fondamentali, qualunque ne sia la loro matrice.

D'altra parte, il successo del nuovo corso intrapreso dalla Corte costituzionale dipenderà, probabilmente, da come essa deciderà di usare il potere che si è autoattribuita e da quale residuale margine di operatività verrà riconosciuto al giudice comune all'esito del giudizio incidentale. Spetterà, in altri termini, proprio alla Consulta dimostrare, con i contenuti decisori delle sue pronunzie, se essa intende valorizzare il ruolo del giudice interno nella misura massima come ha fin qui fatto la Corte di giustizia in esito al rinvio pregiudiziale, ovvero depotenziarlo con *diktat* rigidi, preconfezionati ed immodificabili. Forse sta proprio in questo la vera scommessa che la Corte dovrà giocare.

Certo, l'imminente efficacia del Protocollo n. 16 e l'ulteriore possibilità di ampliare il confronto fra le Corti, annettendo in questo circuito – dialogico o muscolare, a seconda della prospettiva che verrà scelta da ciascuno dei plessi giurisdizionali coinvolti – la Corte EDU richiederà notevoli sforzi nella dottrina – che già non ha mancato di delineare i possibili scenari di un *concordato* onorevole per tutti[27] – e negli operatori aprendo il proscenio ad ulteriori articolate dissertazioni sull'*an*, *quomodo* e *quando* delle varie mosse dei giocatori.

[27] A. Ruggeri, *Corte di giustizia e Corte costituzionale alla ricerca di un nuovo, seppur precario, equilibrio: i punti (relativamente) fermi, le questioni aperte e un paio di proposte per un ragionevole compromesso*, in attesa di pubblicazione su *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, consultato in paper.

Abstract: Con ulteriori riflessioni rispetto a quelle esposte in un precedente commento apparso sul *Forum di Quaderni Costituzionali* l'Autore, in servizio presso la Corte di Cassazione, torna a confrontarsi sulle ricadute di Corte cost., n. 269/2017, nel sistema di protezione dei diritti fondamentali. Il panorama, quanto mai *in progress*, reclama negli operatori giudiziari e negli studiosi un grado elevato di attenzione verso tematiche che rischiano di condizionare il futuro intero dei diritti fondamentali in Italia e in Europa.

Parole chiave: sentenza *Global Starnet* della Corte di giustizia; Taricco; Corte costituzionale; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; sentenza n. 269/2017

Roberto Conti - Consigliere di Cassazione, robertogiovanni.conti@gmail.com

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*

Valeria Piccone

SOMMARIO: 1. Unità, completezza e coerenza dell'ordinamento. - 2. Centralità della Carta dei diritti fondamentali e tendenziale "sovrapponibilità" dei valori da essa espressi con quelli della Carta costituzionale. - 3. Il ruolo dell'interpretazione conforme. - 4. Da *Mangold* a *Dansk Industri*. - 5. La disapplicazione come *extrema ratio*. - 6. La vicenda *Abercrombie & Fitch*. - 7. Tutela antidiscriminatoria e "fusione di orizzonti tra livello interno e sovranazionale". - 8. Brevi considerazioni finali.

1. *Unità, completezza e coerenza dell'ordinamento*

Scriveva Vezio Crisafulli[1] nelle sue Lezioni di diritto costituzionale che l'unità dell'ordinamento non è «un dato bell'e pronto», ma una conquista sempre rinnovantesi, un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto, al quale si perviene necessariamente «passando attraverso l'interpretazione», delle disposizioni da applicare, delle disposizioni prescriventi i modi di soluzione delle antinomie, delle stesse disposizioni sull'interpretazione del diritto oggettivo e delle sue fonti.

Unità dell'ordinamento, coerenza e completezza di esso costituiscono un «processo a farsi» per dirla con altro illustre costituzionalista[2] poiché considerare l'ordinamento come un dato acquisito significa negare il peso dell'attività ermeneutica nella

* L'articolo stato sottoposto, in conformit al regolamento della Rivista, a double-blind peer review.

[1] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale,* II.1, Padova, 1993, p. 206.

[2] Così, F. Modugno, *Ordinamento, Diritto, Stato,* in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico,* Torino, 2008, p. 8 ss.

costruzione di esso ed erroneamente intenderlo come un complesso di norme date, precedenti l'attività ermeneutica e non, invece, l'insieme delle norme risultanti dall'attività interpretativa.

Questo non facile compito di riconduzione del sistema ad unità mediante l'interpretazione spetta allora al giudice: esso è andato via via complicandosi man mano che si sono estesi i confini del diritto oltre lo Stato.

Uno dei tratti distintivi dello scenario giuridico mondiale degli ultimi anni è sicuramente quello rappresentato dal fenomeno che potremmo definire della "internazionalizzazione dei diritti umani".

Nel tempo, soprattutto per effetto di una crescente sinergia tra le Corti, si è assistito ad un forte sviluppo nel campo dei diritti della persona, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, che ha condotto questi ultimi ad assumere una vera e propria "presenza iconografica"[3] nel mondo non solo del diritto ma anche della politica. Tale espansione dei diritti, frutto del convergere di una vasta congerie di elementi, ha avuto come principale conseguenza quella di porre in crisi le collaudate categorie definitorie e di sganciare struttura e protezione dei diritti fondamentali dalla dimensione politica e culturale dello Stato nazione per agganciarla ad un patrimonio giuridico che ha la pretesa di essere dell'intera umanità[4].

L'estensione del diritto oltre i confini nazionali, d'altro canto, se muove da quella storica sigla del Trattato di Roma del 1957, pur così silenzioso sulla trama dei diritti, diventa rapidamente materia di interpretazione, spostando il piano dall'asse del legislatore a quello del giudice, non potendo negarsi che, come efficacemente afferma il Presidente emerito della Corte costituzionale Giuseppe Tesauro, «i trattati, come le leggi, sono pezzi di carta, che devono essere letti e interpretati perché possano correttamente tutelare diritti, verificare

[3] J.H.H. Weiler, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo,* in M.E. Comba (a cura di), *Diritti e confini. Dalle Costituzioni nazionali alla Carta di Nizza.* Torino, 2002, p. XII ss.

[4] M.R. Ferrarese, *Il linguaggio transnazionale dei diritti,* in *Riv. Dir. Cost.,* 2000, p. 78 ss.

l'assolvimento di doveri, definire controversie. In breve vanno fatti vivere»[5].

Il sistema giuridico dell'Unione europea ha qualche specificità che non sempre viene colta appieno nelle sue diverse implicazioni, specie da coloro che sentono forte la tentazione di avvicinarsi ad una materia diversa e così intellettualmente stimolante, ma che spesso lo fanno con una trasparente approssimazione. Ci si riferisce in primo luogo alla circostanza che il diritto dell'Unione non è applicato dalle istituzioni europee se non in misura minima, anche quello posto in essere dal legislatore comunitario (mi sia ancora lecito usare questo appellativo, sicuramente da preferire ad "eurounitario", che infatti, trascura visibilmente l'art. 2 del Trattato) bensì è applicato e dunque in prima battuta interpretato da amministrazioni e giudici degli Stati membri. A ben ragione, quindi, per ciò stesso, il problema dell'effettività delle norme e dell'osservanza delle sentenze è molto più avvertito e drammatizzato che negli ordinamenti nazionali. Ciò spiega il rilievo centrale che assume l'uniformità di interpretazione e di applicazione delle norme dell'Unione, le quali devono porre rimedio alle variabili di approccio e di lettura dei giudici degli attuali ventotto Stati membri.

L'attività interpretativa è, d'altro canto, un momento imprescindibile della funzione giurisdizionale, la legge "vive" nell'ordinamento nel momento della sua applicazione.

Il Trattato di Roma del 1957 ha prefigurato un sistema di controllo giurisdizionale affidato al giudice comunitario e al giudice nazionale, ciascuno autonomamente ma, soprattutto, in stretta cooperazione l'uno con l'altro, mediante quel meccanismo sinergico che è il rinvio pregiudiziale e che si è rivelato fondamentale per il successo del processo di integrazione complessivamente considerato. È un meccanismo a tutti noto soprattutto in quanto molto simile a quello in Italia affidato alla Corte costituzionale (ed infatti era stato "copiato" dal rinvio costituzionale tedesco). Da un certo momento in

[5] G. Tesauro, *Sessant'anni dai Trattati di Roma: ciò che dobbiamo alla giustizia dell'Unione,* in *QG,* 25 marzo 2017.

poi, allora, accanto all'interpretazione *secundum constitutionem*[6] si impone quella conforme al diritto comunitario poiché se la Costituzione segna un primo cerchio di legittimità delle leggi[7], i Trattati dell'Unione europea rappresentano un secondo cerchio di legittimità, essendo irrinunciabile una coerenza delle norme interne anche con quelle dell'Unione.

Una premessa imprescindibile, allora, per chi si accinga ad affrontare i nodi posti agli ordinamenti nazionali dall'obbligo di leale collaborazione (di cui all'art. 4, n. 3 del Trattato) e da quello di interpretazione conforme che grava sui giudici interni: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione rappresenta ormai la cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno. Ne consegue che, posta l'estensione dell'applicazione della Carta in tutti gli ambiti che in qualche misura presentino punti di contatto con il diritto dell'Unione, sicuramente ogni settore dell'ordinamento può oggi ritenersi scandagliabile nell'ottica del rispetto della Carta dei diritti fondamentali[8].

---

[6] Su cui, fra i tanti contributi, M. Ruotolo, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi sulla rivista "Giurisprudenza costituzionale",* in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario,* Milano, 2006, p. 903 ss.

[7] «Ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione» secondo C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive,* in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

[8] Si leggano, su *efficacia ed effettività* della Carta, A. Ruggeri, Intervento alla prima sessione, dedicata a *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: efficacia ed effettività*, dell'incontro di studio su *L'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano*, svoltosi presso la Corte di Cassazione il 15 e 16 marzo 2018, alla cui data lo scritto è aggiornato, in corso di pubblicazione e G. Vitale, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 28 febbraio 2018.

2. *Centralità della Carta dei diritti fondamentali e tendenziale "sovrapponibilità" dei valori da essa espressi con quelli della Carta costituzionale*

Proprio questa centralità della Carta dei diritti fondamentali e la ritenuta tendenziale *sovrapponibilità* fra i valori da essa espressi e quelli contenuti nella Carta costituzionale, rappresenta il sostrato della recente presa di posizione ("precisazione" si legge nella sentenza) della Corte costituzionale nella sentenza n. 269 del 14 dicembre 2018[9].

Ognuna delle Corti ha una propria irriducibile opinione e quello che noi amiamo chiamare dialogo è, secondo qualcuno[10], anzi *un'actio finium regundorum* o addirittura un atto interruttivo dell'usucapione. L'usucapione è, ovviamente, riferita alle originarie competenze delle Corti ed al rischio strisciante di erosione dovuto alla compresenza nello stesso spazio giuridico di *ben tre Carte dei diritti non gerarchizzabili tra loro*[11].

Con la sentenza n. 269 la Corte costituzionale sembra proprio aver posto in essere tale atto interruttivo: con il famoso punto 5.2 la

---

[9] Su cui, fra i primi contributi, A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto comunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione* self-executing *(a margine di Corte cost. n. 269 del 2017),* in *questa Rivista,* 2017, 3, p. 230 ss.; R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017,* in *questa Rivista,* 2018, 1, p. 1 ss.; C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017; L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017, ivi*, 18 dicembre 2017; A. Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017, ivi*, 18 dicembre 2017; D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 24 gennaio 2018; G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi,* in *Forum di Quaderni Costituzionali;* R. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 28 dicembre 2017

[10] R. Bin, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei,* in *Rivista AIC,* 2015, 1.

[11] Sul punto, A. Guazzarotti, *op. cit.*

Corte ammonisce circa l'impossibilità di ricorrere al sindacato diffuso di costituzionalità con effetti disapplicativi operato per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e cioè ci dice che ogni volta che in sede interpretativa ci sia necessario intervenire disapplicando, sulla base della Carta, la normativa nazionale, noi, giudici comuni, non possiamo che far ricorso al sindacato di costituzionalità.

Viene da chiedersi, era proprio necessario? L'effetto di *traboccamento*[12] tanto temuto si è realmente verificato negli ultimi tempi ed il fascino esercitato dalla Carta ha davvero indotto il giudice nazionale a disapplicazioni *ad libitum*? [13]

Per coloro che sono cresciuti a *"pane e Simmenthal"*[14], «... il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Come è stato osservato, «una limitazione del potere/dovere dei giudici nazionali di rinviare alla CGUE per chiedere lumi sull'interpretazione e sulla portata della Carta

[12] Così, A. Barbera, *La Carta dei diritti, per un dialogo fra Corte Italiana e Corte di giustizia*, in *Rivista AIC,* 2017, 4, p. 1 ss.

[13] In realtà se si scorrono le rassegne degli ultimi anni della giurisprudenza di merito e di legittimità, i casi di effettiva disapplicazione della norma interna ritenuta incompatibile con il diritto dell'Unione appaiono paradossalmente del tutto sporadici; per un resoconto di alcune delle fattispecie M. d'Oriano, "*Il primato del diritto dell'Unione e la non applicazione di quello interno discordante",* relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dalla Struttura Decentrata della Corte di cassazione nei giorni 7-9 marzo 2018, *I giudici quali giudici naturali del diritto dell'Unione Europa: il ruolo del giudice nazionale nell'attuazione del diritto UE secondo la giurisprudenza nazionale ed eurounitaria.*

[14] Corte giust., 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal,* in *Foro it*., 1979, I, p. 560 ss.

si porrebbe in diretto contrasto con la sentenza *Simmenthal* e con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE»[15].

Ma la Corte non pare voler dire questo, eppure la precisazione suona un po' stonata, soprattutto in quanto si inserisce in un contesto in cui il giudice nazionale dialoga perfettamente con la Corte di giustizia, potendo contare in tempi rapidi sull'ausilio della Corte che, ce lo dice chiaramente la sentenza *Melki*[16], vede le vicende inerenti il contrasto fra norma interna e norma comunitaria caratterizzate da una sorta di rilevanza *tout court,* giungendo ad escludere la propria competenza solo qualora la questione stessa si presenti manifestamente disancorata rispetto al diritto dell'Unione o sia meramente ipotetica, ovvero la Corte non disponga di elementi di fatto o di diritto che le consentano di decidere la causa. Non può dirsi certo lo stesso per la Corte costituzionale che, anzi, pone frequentemente il giudice rimettente in una situazione di *non liquet,* proliferando (circa il 70% ogni anno) le decisioni di inammissibilità[17]. Non v'è dubbio che si tratti di criteri del tutto diversi e più stringenti ma certo ciò spiega anche il maggior *appeal*[18] del rinvio pregiudiziale rispetto alla rimessione alla Corte. D'altra parte, la finalità del rinvio pregiudiziale è del tutto diversa rispetto all'incidente di costituzionalità. L'uno si pone in una cornice "intersistemica", l'altro, consta di un sindacato accentrato circa la norma interna[19]. E' evidente, allora, che il passaggio tramite il giudizio di costituzionalità non è per nulla neutro e che la "rivoluzione copernicana" che vorrebbe porre in essere la Corte costituzionale non è faccenda di poco momento già

[15] L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it**,** 31 gennaio 2018**.**

[16] Corte giust., 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli.*

[17] In argomento, G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio delle leggi,* Napoli, 2017.

[18] R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017,* cit.

[19] Sul punto, M. Cartabia, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale,* in A. Ruggeri (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri,* vol. I, Torino, 2016, p. 485 ss.

solo perché imbriglia il giudizio sulla compatibilità comunitaria nei limiti del giudizio di costituzionalità.

L'idea di fondo, lo abbiamo appena accennato, è quella di una sovrapponibilità tra la Carta UE ed i diritti garantiti dalla Costituzione, sovrapponibilità da cui discenderebbe, secondo la Corte, un inammissibile sindacato diffuso che impone, quindi, il ricorso al controllo accentrato di costituzionalità. E' evidente che poco chiaro appare il cambio di passo operato dalla Corte, soprattutto perché avvenuto a più di dieci anni di distanza dal momento in cui, con la nuova proclamazione a Strasburgo, la Carta è definitivamente uscita dalla nebulosa della *soft law* per entrare a pieno titolo fra gli atti di diritto primario dell'Unione ed è allora trascorso parecchio tempo da quel fatidico momento che avrebbe determinato la sostanziale sovrapposizione fra Carta e Costituzione di cui riferisce la sentenza n. 269/2017.

La stessa Corte costituzionale, d'altro canto, aveva percorso altre strade nella di poco precedente sentenza n. 111 del 2017, così come già nel 2015 aveva fatto con la sentenza n. 56 che ha poi dato la stura alla decisione *Global Starnet* del 21 dicembre scorso[20]. È evidente che riconoscere come riservato alla Corte costituzionale un controllo di costituzionalità autonomo è assai diverso dal riservarle in via esclusiva la verifica circa la sussistenza di una violazione della Carta UE, soprattutto in presenza di uno strumento straordinario quale quello del rinvio pregiudiziale.

Orbene, ciò che viene spontaneo chiedersi in un contesto di tal fatta è se il "braccio periferico" del sistema giurisdizionale europeo (l'espressione, assai efficace, è di Cartabia, estensore della sentenza n. 269) possa avere comunque un ruolo protagonista e tentare di colmare in via interpretativa quella che a tutta prima sembrerebbe una *"microfrattura"* Corte di giustizia e Corte costituzionale.

[20] Corte giust., 20 dicembre 2018, C-322/16, *Global Starnet,* su cui, A. Ruggeri, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia (Prima Sez., 20 dicembre 2017, Global Starnet),* in *questa Rivista,* 2018, 1.

3. *Il ruolo dell'interpretazione conforme*

Gioca qui un ruolo centrale, ad avviso di chi scrive, l'interpretazione conforme[21]. Come può l'interpretazione conforme essere protagonista di una distensione dei rapporti fra le Corti? Spetta ancora al giudice il compito fondamentale di rendere compatibile l'ordinamento interno con quello comunitario per mezzo della sua attività interpretativa in attuazione dell'art. 4, par. 3, TUE. Soltanto qualora quella si renda impossibile ed appaia necessario optare per la disapplicazione - che, come si vedrà fra poco, sempre più diventa l'*extrema ratio* - per contrasto con un precetto della Carta, allora diverrà indispensabile coinvolgere la Corte costituzionale. Resta il giudice l'organo di base dello spazio giudiziario europeo ed è su di lui che grava l'onere dell'attività interpretativa che si traduce in diritto vivente.

Ecco, allora, quello che è stato definito da autorevole dottrina [22] il "tallone di Achille" della 269. Proprio dalla sentenza n. 269 può venire, infatti, «...una spinta vigorosa per un uso ancora più insistito e incisivo del canone dell'interpretazione conforme»[23].

Vediamo, quindi, come si atteggia, oggi, questo canone fondamentale dell'interpretazione conforme.

L'utilizzazione in chiave ellittica del sintagma "interpretazione conforme", pur idonea ad informare già *ictu oculi* circa il potenziale contenuto di una riflessione sull'argomento, non può non indurre ad una precisazione sul peculiare atteggiarsi delle diverse ipotesi di interpretazione conforme note oggi all'ordinamento integrato.

---

[21] Per una più approfondita ricostruzione dell'istituto, V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'incrocio tra le giurisdizioni*, in Aa. Vv., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto,* Napoli, 2016 e bibliografia ivi richiamata, nonché, Id., *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale, l'interpretazione conforme,* in *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014

[22] A. Ruggeri, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive),* in *Rivista AIC,* 2018, 1.

[23] *Ibidem.*

Muoviamo proprio da questa premessa allora: nella consapevolezza della particolare suggestione evocata da espressioni quali «fabbrica delle interpretazioni conformi»[24] diventa indispensabile sottolineare come, nelle più recenti evoluzioni dottrinarie e giurisprudenziali, si sia passati dall'*interpretazione conforme* alle *interpretazioni conformi* in un crescendo rossiniano che è andato di pari passo con l'estensione dei confini del diritto oltre lo Stato.

Si parla di interpretazione conforme alla Costituzione, al diritto dell'Unione europea nonché di interpretazione convenzionalmente orientata[25].

Il panorama giurisprudenziale europeo degli ultimi anni è, quindi, essenzialmente incentrato sul rapporto dialogante fra queste Corti, talora demonizzato, quasi dovesse necessariamente tradursi in corto circuito; esso si è rivelato, invece, nella maggior parte dei casi, foriero di una virtuosa circolazione di standard di tutele. Per tale via i diritti sono diventati il fulcro della integrazione fra ordinamenti.

Il vero nodo gordiano di qualunque indagine attinente all'interpretazione conforme si incentra oggi, allora, sulla soluzione da dare alle eventuali antinomie che possano insorgere fra le diverse forme di interpretazione conforme cui l'interprete è imprescindibilmente tenuto e sul se, in tal caso, debba darsi la prevalenza dell'una sull'altra; a ciò si aggiunge che ogni qualvolta non sia possibile procedere *tout court* ad una interpretazione della norma interna compatibile con quella dell'Unione, la prima dovrà essere disapplicata o si dovrà far ricorso allo straordinario strumento del rinvio pregiudiziale per uscire dalla *impasse*; ma non alle stesse conclusioni si potrà arrivare relativamente alla norma CEDU.

---

[24] E. Lamarque, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte Costituzionale e giudici comuni,* Relazione presentata al Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, dal titolo "La fabbrica delle interpretazioni", Milano, 19-20 novembre 2009.

[25] Sulle tre metodiche di interpretazione, mi permetto di rinviare a V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in R. Cosio - R. Foglia (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Milano, 2013 e bibliografia ivi richiamata.

Il primato del diritto comunitario, funzionale alla costruzione di un ordinamento giuridico unitario, oggetto di originaria accettazione da parte degli Stati mediante una parziale rinunzia alla propria sovranità, sottolineato da *Costa/ Enel*[26], è già chiaramente emergente in *Van Gend en Loos*[27] la madre di tutte le sentenze in tema di integrazione fra ordinamenti: «La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli stati membri ma anche i loro cittadini»; il nuovo ordinamento «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi» che, in presenza di determinate condizioni, sono tutelabili in sede giurisdizionale.

L'effetto diretto postula la supremazia del diritto comunitario: senza il primo, d'altra parte, ci troveremmo oggi di fronte una Comunità assai diversa, un'entità più oscura e remota, difficilmente distinguibile dai tanti organismi internazionali la cui esistenza resta tendenzialmente sconosciuta alla generalità dei cittadini[28]; nondimeno, la funzione di uniformizzazione perseguita con l'obbligo di interpretazione conforme, ha assunto nel tempo, soprattutto per effetto di alcuni arresti della Corte di Giustizia, ma anche della attività nomofilattica della Cassazione, un rilievo quasi inaspettato.

Fino ad un certo punto, qualsiasi questione afferente un ipotetico o reale contrasto normativo fra ordinamenti sembrava poter essere risolta mediante il percorso descritto nella decisione assunta dalla Corte nel già citato caso *Simmenthal* secondo cui «…qualsiasi

[26] Corte giust., 15 luglio 1964, 6/64, in *Foro it.,* 1964, I, p. 465 ss.

[27] In questi termini, A. Tizzano, *Postilla* ad A. Barone, *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via,* in *Dir. Un. Eur.,* 2006, 1, p. 201 ss.

[28] Sull'effetto diretto come "*a social ordering*", P. Craig, *Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization in EEC Law,* 12(4) *OJLS*, 1992, p. 458 ss.; nonché, sul rilievo "pre-costituzionale" e "pre-federale" della *courts co-operation*, S. Sciarra, *op. cit.*; B. de Witte, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order,* in P. Craig - G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law,* Oxford, Oxford, 1996.

giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria».

Il panorama è andato, poi, arricchendosi di sfumature ed infine ulteriormente complicandosi quando l'interpretazione giurisprudenziale è diventata materia di responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario.

A partire dal caso *Kobler*[29] e passando per *Traghetti del Mediterraneo*[30]„ la Corte di Giustizia ha precisato, ampliandoli, i confini della responsabilità dello Stato membro, attribuendo rilievo per i danni arrecati ai singoli alla violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado.

In presenza delle condizioni di cui a *Francovich*[31]*, Brasserie du Pecheur e Factortame*[32]*,* e, cioè, qualora la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione ed il danno subito dalle parti lese, scatta la responsabilità dello Stato.

Optando per una analisi dei rapporti fra ordinamenti nella loro dimensione diacronica emerge, allora, *ictu oculi,* la progressiva insufficienza degli originari concetti di primazia e disapplicazione in quanto le relazioni appaiono estremamente più complesse ed implicano un coordinamento che va al di là delle competenze: si è imposto nel tempo uno sforzo ermeneutico peculiare in capo all'interprete per pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei

[29] Corte giust., 30 settembre 2003, C-224/01, *Kobler,* in *Foro it.*, 2004, IV, p. 4 ss.

[30] Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo,* in *Foro it.*, 2006, IV, p. 418 ss.

[31] Corte giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich,* in *Foro it.*, 1992, IV, 145 con nota di A. Barone.

[32] Corte giust., 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Braserie du Pecheur* e *Factortame,* in *Foro it.*, 1996, IV, p. 185 ss. e 322 ss., con nota di G. Catalano.

singoli, contemperino le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale, onde evitare conflitti.

Ad un certo punto, quindi, ci si è resi conto che spettava all'interprete il delicato compito di "conciliare l'inconciliabile" per usare l'icastica espressione usata dall'Avvocato Poiares Maduro nelle conclusioni rassegnate in *Arcelor Atlantique e Lorraine*[33].

4. *Da* Mangold *a* Dansk Industri

L'interpretazione conforme si pone come una estrinsecazione della primazìa[34], da cui discende direttamente, e della leale collaborazione (secondo il già richiamato art. 4, par. 3, TUE); essa è "effetto strutturale"[35] della norma comunitaria (per utilizzare le parole dell'allora Avvocato Generale Tizzano, nella causa *Mangold*[36]), in quanto diretta ad assicurare il continuo adeguamento del diritto interno al contenuto ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Più in generale si è distinto[37] fra *direct effect, indirect effect* e *Grimaldi*[38] *effect* per affermare, muovendo da una nota sentenza della CGUE, che anche in ordine alle stesse raccomandazioni si impone il ricorso all'interpretazione conforme.

L'interpretazione conforme è inerente al sistema del Trattato e si estende all'ordinamento nazionale nel suo complesso (anche ai

[33] Corte giust., 16 dicembre 2008, C-127/07, *Arcelor Atlantique e Lorraine*.

[34] Su cui, mi sia consentito rinviare a V. Piccone, *La* primautè *nell'Unione allargata*, in V. Piccone - E. Falletti (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, Napoli, 2016, primo volume della collana diretta da Giuseppe Tesauro *"Le Giurisdizioni nella costruzione dell'Europa"* e bibliografia ivi richiamata.

[35] A.Tizzano, *Conclusioni,* in Corte giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Rudger Helm,* in *Foro it.,* 2006, IV, p. 133 ss., p.to 117

[36] Corte giust., 22 novembre 2005, cit.

[37] G. Betlem, *The principle of in direct effect of Community law,* in *European Review of private law,* 1995, p. 4-6

[38] Corte giust., 13 dicembre 1989, cit.

contratti collettivi come affermato dalla Corte di Giustizia in *Pfeiffer*[39]).

Già nel 1984 con l'enucleazione del noto principio *Von Colson*[40] la Corte sanziona l'impegno per tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali,* di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, come pure l'obbligo imposto dall'art. 5 del Trattato (poi 10, ora 4 TUE) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale impegno.

L'interpretazione conforme, infatti, si estrinseca nell'obbligo gravante su tutti gli interpreti del diritto nazionale *di prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno – ed utilizzare tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti - per addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario.*

Nella elaborazione giurisprudenziale comunitaria, molta strada è stata fatta da quando la Corte, nel 1963, proclamava il principio degli effetti diretti del Trattato, quale fonte di diritti per singoli azionabili dinanzi alle Corti degli Stati membri. Passando per l'affermazione dell'obbligo di interpretazione della normativa interna in conformità alle direttive comunitarie come operante *"as far as possibile"* , secondo il principio *Marleasing* [41], la Corte ha poi di recente confermato, (prima nella discussa *Mangold*[42] ma poi, in *Kücükdeveci*[43] e, oggi, soprattutto, in *Dansk Industri*[44]) il proprio ruolo primario di interprete privilegiato nella elaborazione del sistema comunitario di diritti fondamentali, ruolo cui ha dato un sostegno straordinario proprio il ricorso da parte dell'interprete all'interpretazione conforme.

---

[39] Corte giust., 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 – C403/01, *Pfeiffer,* in *Foro it*., 2005, IV, p. 23 ss.

[40] Corte giust., 10 aprile 1984, C-14/83 *Von Colson et Kamann,* in *Foro it.,*1985, IV, 59, con nota di De Luca cit.

[41] Corte giust., 13 novembre 1990, C-106/89, *Marleasing,* su cui si veda J. Stuyck – P. Wytink, *Comment on case C-106/89 - Marleasing,* in *Common Market Law Review*, 1991, p. 205 ss.

[42] Corte giust., 22 novembre 2005, cit.

[43] Corte giust., 19 gennaio 2010, C-155/07, *Kücükdeveci.*

[44] Corte giust., 19 aprile 2016, C- 441/14, *Dansk Industri.*

L'interpretazione conforme è, dunque, lo strumento sostanziale principale diretto ad assicurare l'unità dell'ordinamento, in quanto permette di superare le antinomie testuali e di assicurare la coerenza del sistema.

Se consideriamo l'attività ermeneutica del giudice non possiamo non sottolineare che non esiste un'interpretazione unica ed oggettiva se non in casi rarissimi: nella maggior parte delle ipotesi è possibile ricavare più norme da una singola disposizione.

I giudici comuni utilizzano i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie (cronologico, gerarchico, di specialità, di competenza) e gli strumenti ermeneutici previsti dalle disposizioni sulla legge in generale (interpretazione letterale, interpretazione logico-sistematica, interpretazione teleologica, estensiva e analogia).

Ed è proprio la tendenziale insufficienza di tali strumenti ermeneutici e di soluzione delle antinomie e, in particolare, l'inidoneità del criterio gerarchico con riferimento ai rapporti fra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali e, quindi, fra norme interne e norme esterne, ad aver indotto alla straordinaria fioritura dell'interpretazione conforme come strumento di chiusura del sistema.

L'interpretazione conforme, pur nelle sue diverse estrinsecazioni, consta essenzialmente dell'adeguamento delle disposizioni legislative considerate, di volta in volta, alla Costituzione, al diritto dell'Unione Europea, al diritto internazionale: si tratta dello strumento fondamentale ed imprescindibile per fugare il pericolo di antinomie normative e salvare la coerenza del sistema sulla base della presa d'atto che l'unità dell'ordinamento è una conquista quotidiana.

In un sistema giuridico che non è quello interno, ma quello interno "*più* quello comunitario, o, meglio, quello interno in quanto compatibile con quello comunitario"[45] (oggi, "ordinamento dell' Unione Europea") il giudice comune è chiamato a confrontarsi con una legislazione dell'Unione, sovraordinata, che è tenuto a conoscere e ad applicare in un continuo, indispensabile, dialogo non più soltanto con il giudice costituzionale, bensì, anche, con la Corte di Giustizia.

[45] In questi termini, A. Tizzano, *Postilla*, cit.

La sentenza *Dominguez*[46], del 2012, può ritenersi la *summa* del pensiero della Corte in materia di interpretazione conforme.

Il giudice del rinvio chiedeva, fra le altre cose, se l'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE dovesse essere interpretato nel senso che, in una controversia tra privati, una disposizione nazionale ai sensi della quale il diritto alle ferie annuali retribuite è subordinato ad un periodo di lavoro effettivo minimo durante il periodo di riferimento, fosse contraria a detto articolo 7, e, pertanto, andasse disapplicata[47].

È interessante notare che, sin dal principio, la Corte evidenzia che la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione. La centralità dell'interpretazione conforme emerge, sin dall'inizio, in tutta la sua intensità.

Ribadisce la Corte che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE. L'immanenza nel Trattato è chiaramente espressa «l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte».

I giudici di Lussemburgo rammentano che il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima.

---

[46] Corte giust., 24 gennaio 2012, C-282/10, *Dominguez.*

[47] Per una ricostruzione della primazia in ambito lavoristico, V. Piccone, *Il licenziamento del dirigente. Principio di primazia ed efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia,* in www.il giuslavorista.it, 14 ottobre 2016.

Nell'affermare che l'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE non introduce alcuna distinzione tra i lavoratori assenti durante il periodo di riferimento a causa di un congedo per malattia e coloro che hanno effettivamente lavorato nel corso di tale periodo, la Corte, tornando su un punto cruciale (già affrontato in *Bectu*[48], anche dall'avvocato generale Tizzano) e nella necessità di garantire l'attuazione dei principi fondamentali del diritto dell'Unione senza compromettere l'autonomia decisionale degli Stati nazionali su materie sensibili, afferma che il diritto alle ferie annuali retribuite di un lavoratore assente per motivi di salute durante il periodo di riferimento non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di aver compiuto un lavoro effettivo durante lo stesso periodo di riferimento.

Ancora una volta giunge in ausilio l'obbligo del giudice di verificare, prendendo in considerazione il complesso del diritto interno, se si possa pervenire ad un'interpretazione di tale diritto che consenta di equiparare l'assenza del lavoratore per incidente *in itinere* ad una delle fattispecie menzionate in tale articolo del codice del lavoro.

Soltanto qualora tale interpretazione non sia possibile, occorrerà verificare se l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88/CE abbia effetto diretto e se, in tal caso, la ricorrente potesse avvalersene nei confronti dei convenuti nel procedimento principale e in particolare del suo datore di lavoro.

A ben guardare, allora, la Corte suggerisce un percorso inverso rispetto a quello usualmente praticato e, cioè, pone la ricerca dell'esistenza nella normativa considerata di disposizioni atte ad essere direttamente invocate, in una fase successiva rispetto all'infruttuoso esperimento del tentativo di interpretazione conforme precedentemente attuato. E infatti, soltanto qualora sia davvero impossibile percorrere la via interpretativa per raggiungere il risultato sperato di conformazione dell'ordinamento interno a quello dell'Unione, si farà ricorso alla verifica della sussistenza di disposizioni in grado di produrre un effetto diretto.

[48] Corte giust., 26 giugno 2001, C-173/99, *Bectu.*

L'obbligo di interpretazione conforme ha nel tempo acquisito più ampi spazi d'applicazione, al punto da essere ormai considerato, come detto, inerente al sistema previsto dal Trattato. L'esempio più evidente del progressivo ampliamento, operato per via pretoria, del campo d'applicazione dell'obbligo in discorso è rappresentato dalla sua estensione anche al c.d. terzo pilastro, oggetto del Trattato sull'Unione europea fino alla riforma di Lisbona. La Corte di giustizia ha stabilito infatti che «il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del Trattato sull'Unione europea» (fra le più recenti, Corte giust., 10 agosto 2017, *Tadas Tipikas*).

5. *La disapplicazione come* extrema ratio

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nella causa *Impact,* i divieti di discriminazione vengono descritti come uno dei casi classici di effetti diretti nell'ambito del diritto europeo. Sappiamo bene, tuttavia, come nel tempo, in ambito lavoristico, l'obbligo di interpretazione conforme sia andato combinandosi in maniera sempre più stretta ed in una osmosi crescente, con il divieto di discriminazioni[49]. Nel caso *Mangold*[50], che vedeva contrapposti il sig. Mangold e l'avv. Helm, per un contratto a temine che si fondava su una norma dell'ordinamento tedesco, ritenuta incompatibile con il divieto di discriminazione in base all'età previsto dall'art. 6 della direttiva 2000/78/CE, la Corte di giustizia ha dichiarato che tale principio deve essere considerato un principio generale dell'Unione europea, desumibile da vari strumenti internazionali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e, pertanto, non dipende «dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle

[49] Sul punto, mi sia consentito rinviare a V. Piccone. *Parità di trattamento e principio di non discriminazione. Il ruolo dell'interpretazione conforme,* in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali,* Milano, 2017.

[50] Corte giust., 22 novembre 2005, cit.

discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva». Di conseguenza, ha statuito che è compito del giudice nazionale assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendo la piena efficacia del principio di non discriminazione e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale e «ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto».

Connotata, a dire il vero, da non pochi elementi di creatività, la sentenza *Mangold*[51] ha posto le basi per l'evoluzione della giurisprudenza in questa materia, che, nella sentenza *Kücükdeveci*[52], ha trovato poi una delle sue più alte espressioni e conferme[53].

La Corte di giustizia, accogliendo l'invito dell'avvocato generale a seguire un percorso più ambizioso rispetto alla precedente giurisprudenza e ad individuare nella direttiva 2000/78/CE la norma di riferimento, in quanto i fatti all'origine della controversia erano avvenuti dopo la scadenza del termine per trasporre l'atto in questione, ha chiarito che la direttiva dà espressione concreta al principio fondamentale della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, diretta espressione del principio di eguaglianza. E, dunque, proprio perché il principio di non discriminazione in base all'età rappresenta una delle applicazioni specifiche del principio generale della parità di trattamento nel lavoro, è esso stesso principio generale del diritto dell'Unione.

Su tali presupposti, la Corte ha ribadito che spetta al giudice nazionale - investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, espresso

[51] Corte giust., 22 novembre 2005, cit.

[52] Corte giust., 19 gennaio 2010, cit.

[53] Sul ruolo del principio di non discriminazione in ambito lavoristico nell'Unione Europea, mi consento di rinviare a V. Piccone, *Commento agli artt. 157 - 161 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014.

concretamente nella direttiva 2000/78/CE - il compito di assicurare, «nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale». E soprattutto, che compete a tale giudice interpretare il diritto interno alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformandosi all'art. 288, n. 3, TFUE.

Qualora, invece, l'obbligo di interpretazione conforme non possa essere adempiuto e sussista una normativa confliggente, il giudice nazionale dovrà disapplicare la regolamentazione interna per dare attuazione a quella dell'Unione nella sua interezza e tutelare i diritti che questa riconosce ai singoli (in tal senso anche la *Ognyanov* dell'8 novembre 2016[54]).

La Corte ha, poi, completato il processo di consolidamento dei poteri del giudice nazionale nell'applicazione del principio di uguaglianza anche nei rapporti fra privati, con il caso *Dansk Industri*[55], che giunge dopo oltre vent'anni a seguire un altro caso *Dansk Industri*[56], quello che vedeva protagonista la Royal Copenaghen ed in cui la discriminazione per sesso era parsa palese in quanto fra i i verniciatori di porcellana azzurra tutti erano donne tranne uno.

Seguendo un percorso argomentativo molto lineare, la Corte ha confermato che lo strumento privilegiato per assicurare il primato del diritto dell'Unione e, soprattutto, garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti da esso derivanti è appunto l'obbligo per il giudice nazionale di interpretare il diritto interno per quanto più possibile alla luce delle esigenze e degli obiettivi del diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia, rispondendo espressamente al giudice danese, ha ritenuto che l'interpretazione del diritto interno conforme al diritto dell'Unione non può essere ritenuta *contra legem* per il solo fatto di essere in contrasto con precedenti pronunce

[54] Corte giust., 8 novembre 2016, C-554/14, *Ognyanov.*
[55] Corte giust. 19 aprile 2016, cit.
[56] Corte giust., 31 maggio 1995, C-400/93, *Dansk Industri.*

nazionali. E che l'obbligo di interpretazione conforme comporta che il giudice interno debba modificare, eventualmente, la giurisprudenza, sia pure consolidata, se trae origine da un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva. La Corte ha affermato che, ove non possa applicarsi il metodo dell'interpretazione conforme, è proprio l'esigenza di garantire il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, ad imporre al giudice interno la disapplicazione della normativa nazionale con esso incompatibile: il rapporto diventa inverso a quello percorso fino ad allora. Se già in *Dominguez* la strada sembrava questa, ora è chiarissimo che la prima strada da percorrere è sempre quella della interpretazione conforme e soltanto qualora essa non sia percorribile, si impone la disapplicazione della norma interna, soprattutto quando ci si trovi in presenza di un metaprincipio del diritto dell'Unione, un principio sovraordinato, immediatamente applicabile, quello di uguaglianza e non discriminazione.

Quanto al rapporto tra principi generali del diritto e applicazione dell'obbligo di interpretazione conforme, la Corte ha escluso che il principio del legittimo affidamento possa prevalere su quello di non discriminazione perché ciò «equivarrebbe, in realtà, a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale».

Aggiungendo che neppure la presenza nell'ordinamento interno di un diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto dell'Unione imputabile allo Stato a vantaggio di coloro che (nella fattispecie i lavoratori subordinati) invochino un diritto soggettivo derivante dal diritto dell'Unione, possa essere utilizzata come limite all'operatività dell'obbligo di interpretazione conforme né all'eventuale conseguente obbligo di disapplicare il diritto interno incompatibile.

In sostanza, la Corte ha stabilito che né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possano incidere sull'obbligo per il giudice

nazionale di assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva. E che tale risultato debba essere perseguito, in *extrema ratio,* attraverso la disapplicazione della norma interna ad essa contraria.

6. *La vicenda* Abercrombie & Fitch

La disapplicazione della norma interna confliggente quale *extrema ratio* per l'interprete gravato della soluzione di una controversia fra privati emerge in tutta la sua ampiezza in una recente vicenda che ha direttamente interessato l'Italia nella causa *Abercrombie & Fitch*[57]: in essa si evidenzia chiaramente come il giudice di merito, pur tentando tutte le strade dell'interpretazione conforme, sia pervenuto alla disapplicazione della norma interna ritenuta contrastante con quella dell'Unione; il giudice di legittimità, seguendo una strada diversa, ha invece reputato imprescindibile adire la Corte di giustizia ritenendo che solo in sede di nomofilachia comunitaria sarebbe stato possibile verificare se e come risolvere il problema della normativa interna eventualmente incompatibile.

La Corte di appello di Milano aveva accolto l'impugnazione proposta dal ricorrente che, assunto con contratto di lavoro intermittente prima del raggiungimento del venticinquesimo anno di età, non si era visto rinnovare il contratto al compimento dei venticinque anni e la cui domanda era stata respinta in primo grado.

La Corte richiama le sentenze della Corte di giustizia *Mangold*[58] *e Kücükdeveci*[59], nella parte in cui hanno statuito il carattere di

[57] Su cui, A. Guariso, *Il caso Abercrombie, il Governo italiano e il mito del lavoro ultra flessibile,* in *Studio, Diritti, Lavoro,* gennaio 2017; V. Piccone, *Il lavoro intermittente di nuovo dinanzi al giudice di legittimità: riflessioni, "a caldo", sul caso Abercrombie dopo la nuova pronuncia della Cassazione,* in *Labor,* marzo 2018; Id., *Principio di uguaglianza e non discriminazione. Il lavoro intermittente all'incrocio fra le Corti: a prima lettura di Cass. n. 4223 del 21 febbraio 2018, in Il Giuslavorista,* marzo 2018; Id., *Altri spunti sul caso Abercrombie: il principio di non discriminazione dopo la Corte di giustizia,* in *Labor,* gennaio 2018; Id., *Principio di non discriminazione e lavoro intermittente: la vicenda Abercrombie & Fitch,* in *Lavoro, Diritti, Europa,* novembre 2017.

[58] Corte giust., 22 novembre 2005, cit.

principio generale del diritto comunitario della non discriminazione in ragione dell'età ed il compito del giudice nazionale, chiamato a dirimere una controversia, di assicurare la tutela che il diritto comunitario attribuisce ai singoli.

Entra qui in gioco la nostra premessa, quella che riconosce valore determinante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nella ricerca della compatibilità fra il diritto interno e quello dell'Unione: il pregnante riconoscimento dei divieti di discriminazione come espressione di un principio generale di uguaglianza, quale sancito soprattutto dalla seconda decisione con il suo richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta di Nizza, dotata dello stesso valore giuridico dei Trattati, fa si, secondo la Corte, che il principio di uguaglianza viva "di una vita propria" che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri.

Il rapporto osmotico fra interpretazione conforme e disapplicazione quale *extrema ratio*, quando si parla di uguaglianza, appare di grande evidenza nella decisione della Corte d'Appello: la Corte richiama più volte l'obbligo di interpretazione adeguatrice e ne percorre tutte le strade per assicurare un risultato conforme al diritto dell'Unione, risultato, tuttavia, che le appare alla fine impossibile, tanto da indurla ad optare per la disapplicazione della norma interna confliggente ritenendo, quindi, costituito fra le parti un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

La sentenza è stata oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione sotto diversi profili.

I giudici di legittimità osservano che l'art. 34, che consente i contratti intermittenti a tempo determinato con coloro che non abbiano superato i venticinque anni di età potrebbe porsi in conflitto con il principio di non discriminazione per età che deve essere considerato un principio generale dell'Unione cui la direttiva 2000/78/CE da espressione concreta e che è sancito anche dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione che, nel suo avere lo stesso valore giuridico dei Trattati, diventa ancora una volta il fulcro della decisione di legittimità. Con ordinanza del 29 febbraio 2016, la

[59] Corte giust., 19 gennaio 2010, cit.

Corte di legittimità ha, quindi, disposto, ai sensi dell'art. 267 del TFUE di chiedere, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia se la normativa nazionale di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78/CE e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 21, n. 1).

La vicenda è passata allora nelle mani della Corte di Giustizia, che con sentenza della prima sezione del 19 luglio scorso ha ritenuto che le ragioni di politica del lavoro sottese alla norma incriminata e l'utilizzazione di un mezzo da reputarsi appropriato e necessario, devono ritenersi perseguire una finalità legittima che fa si che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 6, par. 1, della direttiva non ostino ad una normativa come quella nazionale che consente un accesso privilegiato a determinati rapporti di lavoro fino al raggiungimento del venticinquesimo anno di età.

In esito alla decisione sul rinvio pregiudiziale, essa è tornata allora dinanzi alla Sezione Lavoro della Corte di cassazione che, alla luce della interpretazione della Corte di giustizia, con la decisione n. 4223 del 2018 ha ritenuto fondato, accogliendolo, il secondo motivo del ricorso proposto dalla società Abercrombie con cui era stato dedotto l'errore della Corte d'appello nel ritenere violato il principio di non discriminazione per età così come sancito dalla direttiva 2000/78/CE e dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Il Collegio esordisce evidenziando che la CGUE ha offerto una risposta univoca ed esaustiva ai quesiti formulati in sede di rinvio, nell'escludere che le norme di fonte UE ostino ad una disposizione nazionale come quella oggetto del procedimento principale che autorizza la conclusione di contratti di lavoro con giovani infraventicinquenni.

La Corte di cassazione prende atto di tale conclusione e dell'obiettivo principale e specifico della disposizione controversa come indicato dal Governo italiano, in quanto diretto non a consentire ai giovani un accesso al mercato del lavoro su base stabile, bensì unicamente a riconoscere loro una prima possibilità di accesso a

detto mercato, onde garantire una prima esperienza che possa successivamente porli in una situazione di vantaggio concorrenziale sul mercato del lavoro: una fase, quindi, antecedente rispetto al pieno accesso al mercato del lavoro.

La Corte di cassazione allora, alla luce dell'art. 267 TFUE e dell'obbligo di collaborazione sancito dall'art. 4, comma terzo, TUE in base al quale gli Stati membri adottano ogni misura atta a garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione (disposizione, questa, su cui anche torneremo fra poco), nonché dello stesso art. 19 TUE, non può che attenersi a quanto accertato dalla Corte di giustizia, non avendo il potere di darne una interpretazione diversa, in quanto il giudizio di rinvio non si configura come una sede nella quale sia possibile contestare od impugnare quanto deciso dalla Corte di giustizia.

Nell'esaminare, poi, le censure avanzate dalla difesa del lavoratore, il Collegio esclude la possibilità di ricorrere nuovamente in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, per avere quest'ultima esaminato tutti gli aspetti rilevanti in sede sovranazionale della vicenda e ritenuto la disposizione oggetto di censura "appropriata e necessaria". Ma il Collegio ritiene, altresì, di disattendere anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34, alla luce dell'art. 3 Cost., sottopostale per difetto di ragionevolezza della previsione di estinzione del rapporto. A prescindere dalla genericità della prospettazione, che si limita a far valere l'irragionevolezza di un trattamento differenziato a cagione delle "condizioni personali" dei giovani, fra le quali rientrerebbe l'età, il Collegio evidenzia ancora una volta come la deroga al principio della parità di trattamento sia giustificata da finalità di natura sociale come previsto direttamente dalla direttiva 2000/78/CE escludendo i dedotti profili discriminatori.

Non vi sono ragioni, afferma il Collegio, per ritenere che la Carta costituzionale offra una tutela antidiscriminatoria più incisiva di quella derivante dalle fonti sovranazionali, soprattutto alla luce delle più recenti evenienze legislative, volte a rafforzare le politiche e gli strumenti di contrasto alla discriminazione sul lavoro, facendone un momento prioritario di regolazione da parte dell'Unione, oltre che oggetto di supervisione mediante l'Agenzia per i diritti fondamentali e

i periodici Report della Commissione e del Parlamento sul rispetto della Carta dei diritti.

7. *Tutela antidiscriminatoria e "fusione di orizzonti tra livello interno e sovranazionale"*

Il Collegio richiama, a questo punto, le più recenti ed accreditate opinioni dottrinali per affermare che, proprio nel settore del contrasto alla discriminazione deve ritenersi verificata una «fusione di orizzonti tra il livello interno, sovranazionale ed anche quello convenzionale (attestato dalle moltissime decisioni della Corte costituzionale che hanno applicato negli ultimi anni l'art. 14 della CEDU), reso più spontaneo ed efficace dal carattere particolarmente intenso delle tutele previste dall'Unione … Pertanto non vi è alcuna evidenza e nemmeno plausibilità a favore della tesi per cui il nostro ordinamento possa offrire una diversa soluzione della questione del carattere discriminatorio (anche sotto il profilo della irrazionalità) della disposizione qui in discussione, non solo perché nel settore le politiche dell'Unione sono particolarmente avanzate, ma anche in quanto gli obiettivi sociali menzionati dalla Corte di giustizia sono comuni al nostro ordinamento costituzionale».

Questo, a mio parere, lo straordinario punto di sutura della sentenza in esame, quello che consente davvero di far apparire un bagliore nella nebbia dei rapporti interordinamentali innegabilmente creatasi a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 14 dicembre 2018.

La Corte di cassazione in sede di rinvio si è trovata in una situazione privilegiata perché non ha dovuto confrontarsi con uno qualsiasi dei valori espressi dalla Carta, ma si è fortunosamente imbattuta in quel principio di uguaglianza e non discriminazione che assume un ruolo del tutto particolare in ambito interno ma, soprattutto, in ambito comunitario in quanto concetto

mainstreaming[60], del diritto dell'Unione. In un sistema in cui il contenuto dell'art. 2 TUE rimane "sostanzialmente vago", il principio generale di uguaglianza appare sempre più significativamente *uno dei principi ordinatori della Comunità.*

Ma due domande finali, pur in questa breve riflessione "a caldo" sulla sentenza n. 4223 del 2018 della Corte di cassazione non possono non sorgere a chi si accinga ad uno sguardo sulla situazione interordinamentale nel suo complesso, sebbene sia impossibile, nello spazio di questo breve contributo, offrirvi una soluzione.

In primo luogo: cosa sarebbe accaduto se la sentenza n. 269 fosse intervenuta prima della rimessione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia?

Almeno tre strade si sarebbero aperte al giudice di legittimità a mio parere.

La prima: quel "braccio periferico" del sistema giurisdizionale europeo, nella specie, la Corte di cassazione avrebbe potuto tentare uno sforzo ulteriore e, con ruolo maggiormente protagonista cercato di colmare in via interpretativa l'apparente *gap* fra normativa interna e normativa antidiscriminatoria sovranazionale.

Gioca qui un ruolo centrale l'interpretazione conforme, quella percorsa tanto strenuamente dalla Corte d'appello ma che poi era culminata nell'*extrema ratio* della disapplicazione dell'art. 34 del d.lgs. 276/2003, ritenuto inconciliabile con la direttiva del 2000 e con l'art. 21 della Carta.

La seconda: una rimessione alla Corte costituzionale come suggerito dalla recente Cass. n. 3831 del 2018[61]. In quella pronunzia la Corte reputa nel caso di specie necessario, in presenza di doppia pregiudizialità, rimettere la questione alla Corte costituzionale (salva la

[60] Sul punto, V. Piccone, *Il principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato, in Working Papers CSDLE (Centre for the study of the European Labor Law) Massimo D'Antona,* Int-127/2016; V. Piccone, *Il principio di uguaglianza e non discriminazione nel diritto del lavoro,* in *Questione Giustizia*, 15 febbraio 2017.

[61] Su cui, fra i primi commenti, R. Conti, *An, quomodo e quando del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia quando è "in gioco" la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice Donna,* 2018, in corso di pubblicazione.

eventualità che sia quest'ultima a ritenere di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia). Essa precisa, infatti, che la doppia pregiudizialità sarebbe stata risolvibile, alla stregua della giurisprudenza costituzionale anteriore alla sentenza n. 269/2017 (il richiamo è a ord. 18 luglio 2013, n. 207, nonché, da ultimo, ord. 2 marzo 2017 n. 48 e sent. 12 maggio 2017 n. 111), verificando la compatibilità dell'articolo 187 *quinquiesdecies* Testo Unico Finanze, con l'articolo 47 CDFUE; e procedendo, in caso di verifica negativa, alla non applicazione, in parte qua, dell'articolo 187 T.U.F., oppure, in caso di verifica positiva, sperimentato il canone dell'interpretazione conforme, eventualmente alla instaurazione di un giudizio incidentale di costituzionalità in ordine a parametri diversi da quello di cui agli articoli 11 e 117 Cost. in relazione all'articolo 47 CDFUE.

Ma il Collegio aggiunge poi che tale modalità operativa va, tuttavia, rimeditata, alla luce della precisazione offerta dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 dicembre 2017 n. 269 in ordine all'ipotesi di contrasto tra la norma interna e quelle disposizioni del diritto dell'Unione europea, suscettibili di applicazione diretta, che siano contenute nella CDFUE: proprio in base a tale "rimeditazione", decide di rimettere la causa al giudice costituzionale.

La terza: la Corte avrebbe potuto comunque ritenere di investire la Corte di giustizia in via pregiudiziale ex art. 267 (così come ha fatto) per scandagliare la compatibilità dell'art. 34 del d.lgs. n. 376 del 2003 con la direttiva 2000/78/CE nonché con l'art. 21 della Carta, prendendo alla lettera la precisazione della Corte costituzionale che fa salva, anche in caso di coincidenza di valori fra le due Carte, l'interpretazione di quella europea da parte della Corte di giustizia. Avrebbe così il giudice di legittimità salvaguardato il corretto adempimento del proprio obbligo di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE e le conseguenze sarebbero state quelle che conosciamo.

Resta, infatti, ciò che sappiamo essere realmente accaduto. La Corte di cassazione nella sentenza n. 4223 aveva la strada spianata dalla Corte di giustizia, eppure ha, ancora una volta, esercitato egregiamente, chiarendo anche i rapporti con la Carta costituzionale, il proprio gravoso impegno teso a "conciliare l'inconciliabile" e, nel farlo, ha chiarito anche al giudice comune cosa fare in presenza di un

principio fondamentale quale quello di uguaglianza e non discriminazione, sovraordinato ed immediatamente applicabile.

Il secondo quesito: posto il pregnante *obiter dictum* della Corte costituzionale, in nessun modo la Corte d'Appello prima e la Corte di cassazione poi, avrebbero potuto optare per la disapplicazione dell'art. 34, d.lgs. n. 376 del 2003 sulla scorta di un contrasto con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea, senza invocare l'intervento della Consulta o, al più, quello della Corte di giustizia in via pregiudiziale.

Ma cosa sarebbe accaduto, invece, qualora il sostrato per la disapplicazione fosse stato individuato, *sic et simpliciter,* nella direttiva 2000/78/CE e, in generale, in quel principio di uguaglianza e non discriminazione che, quale principio generale del diritto dell'Unione è dotato di "vita propria" secondo la giurisprudenza *Kücükdeveci*[62], e si pone, quindi, come orizzontale, incondizionato ed immediatamente applicabile?

La conclusione, che ha del paradosso, parrebbe consentire la non applicazione del diritto interno contrastante solo a condizione che non si faccia richiamo all'art. 21 della Carta: basterebbe, quindi, negandosi, così, lo stesso rango di diritto primario dell'unione ad essa riconosciuto, porre la Carta nel "dimenticatoio" per lasciare intonsi quei poteri disapplicativi del giudice nazionale quale organo di base dello spazio giurisdizionale europeo, che hanno rappresentato, finora, l'*ubi consistam* dell'ordinamento integrato.

È vero, lo ribadiamo, ci troviamo in presenza di un principio del tutto peculiare, che vive una storia propria negli ordinamenti interni ed in quello sovranazionale e che conduce ad una amplificazione delle tutele: nondimeno, l'aporia del sistema appare in tutta la sua complessità.

Sembrava impossibile, ai tempi di *Mangold*[63], che la nostra legislazione interna potesse formare oggetto di un rinvio pregiudiziale in termini di lesione del divieto di discriminazione per età. La proliferazione normativa e la frammentazione dei tipi contrattuali ha

[62] Corte giust., 19 gennaio 2010, cit.
[63] Corte giust., 22 novembre 2005, cit.

reso evidente, tuttavia, anche per il nostro ordinamento, la continua necessità di verificare la compatibilità dei nuovi strumenti contrattuali con i principi dell'Unione consolidatisi intorno al principio generale di uguaglianza; la Carta, in tale percorso, resta, confermando la nostra premessa iniziale, la vera e propria cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali in Europa.

8. *Brevi considerazioni finali*

Tornando proprio a tale premessa, che impone di scandagliare tutti gli atti legislativi interni alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non possiamo non ricordare che con il Trattato di Lisbona il nostro ruolo di interpreti si è in qualche modo "alleggerito" e la questione dell'applicazione della Carta è diventata, per così dire, meno "drammatica" anche se oggi torna ad essere complicata dall'intervento della 269. La vicenda dello statuto giuridico e dell'efficacia della Carta infatti, si è inevitabilmente spostata dal terreno dell'interpretazione, entro il quale era stata gestita nei nove anni di "efficacia anticipata", a quello delle fonti. La Carta ormai, assumendo il rango di diritto primario dell'Unione, è una fonte di diritto comunitario primario, che crea obblighi per l'Unione stessa e per le istituzioni degli Stati, le quali, «secondo le rispettive competenze, ne rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione» come recita la disposizione finale di cui all'art. 51.

Viene allora in gioco la cruciale prima parte dell'art. 51, secondo cui le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione stessa.

Si osserva comunemente che, sebbene l'art. 6 abbia reso la Carta diritto primario, attribuendole il medesimo valore dei Trattati, la sua rilevanza resta condizionata dall'art. 51, par. 1, della stessa Carta, che ne postula un'efficacia solo verticale, limitata comunque all' "attuazione del diritto dell'Unione". Conseguentemente, ogni qualvolta non vi sia un collegamento diretto con la disciplina interna e, cioè, quest'ultima non sia espressione della concreta attuazione del

diritto europeo, si esulerebbe dal raggio di azione e, quindi, dall'operatività diretta ed immediata della Carta.

Nel tempo, tuttavia, grazie soprattutto all'interpretazione "estensiva" offerta dalla Corte di giustizia (mi riferisco in particolare alla giurisprudenza inaugurata con la *Akerberg Fransson*[64] in tema di *ne bis in idem)*, a fronte di tale restrittivo orientamento, che ipotizza l'"applicazione" solo in caso di attuazione diretta e necessitata del diritto europeo, è andata affermandosi una più elastica impostazione, che ha recepito invece un concetto più generico ed ampio di "attuazione" e ha ritenuto sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel "cono d'ombra", come si suol dire, del diritto dell'Unione, e, cioè, presenti un collegamento tangibile con quel sistema, anche se indiretto. Anche in tale ipotesi, quindi, il diritto interno può essere considerato "applicativo" di quello sovranazionale e può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta, sebbene non appaia immediatamente attuativo di esso.

Al contempo, mediante l'interpretazione conforme, abbiamo individuato una nuova strada per comporre il sistema. È chiaro che il problema resta e non potrà, allo stato, risolverlo il giudice ordinario dietro il monito della Corte costituzionale. Nondimeno, le ipotesi di contrasto tendono davvero, soprattutto nell'ottica della Carta, a diventare residuali soprattutto se si guarda all'art. 53 ed al principio di miglior favore da esso introdotto, talché il nodo dei rapporti fra gli ordinamenti nella tutela dei diritti fondamentali, diventa molto meno "gordiano" di quel che sembrava all'inizio.

Abstract: L'Autrice esamina la recente pronunzia della Corte di cassazione a seguito di rinvio pregiudiziale n. 4223/2018 alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale e dell'ordinanza interlocutoria n. 3831/2018 della Corte di cassazione. Muovendo dall'analisi dell'attività ermeneutica come momento centrale per la riconduzione del sistema ad unità, l'interpretazione conforme di delinea nel contributo come lo strumento cardine per la soluzione

[64] Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Fransson.*

delle antinomie. Il saggio affronta, quindi, le conseguenze derivanti dall'*obiter dictum* della Corte costituzionale in relazione all'*acquis* relativo ai diritti fondamentali in Europa e suggerisce la configurabilità dell'istituto della "non applicazione" come *extrema ratio*.

Parole chiave: disapplicazione - interpretazione conforme – Carta dei diritti fondamentali – tutela antidiscriminatoria – rinvio pregiudiziale.

Valeria Piccone - Corte di cassazione – Referente Reti Corte di giustizia e CEDU (vpiccone@gmail.com)

RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Recensione a Giovanni Pitruzzella, Oreste Pollicino, Stefano Quintarelli, *Parole e potere: libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, Egea, 2017*

Matteo Monti

1. *Parole e potere* è un libro, composto da tre saggi, che aspira a porre le basi per un serio e approfondito dibattito scientifico sulla problematica della propagazione endemica delle *fake news* in rete e delle relative conseguenze. Gli Autori analizzano in prima battuta i limiti costituzionali alla diffusione di informazioni false online, in seguito l'evoluzione del giornalismo e del sistema dei media conseguente all'avvento e alla diffusione dell'uso della rete Internet e, infine, alcune delle possibili soluzioni di regolazione della rete stessa. Nelle *Conclusioni* sono sviluppate considerazioni sistemiche circa il ruolo della rete Internet e il paradigma dell'informazione online.

2. Il primo contributo che compone il volume *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet* è quello di Oreste Pollicino, che analizza gli orientamenti giurisprudenziali della Corte Europea dei diritti dell'uomo (con alcuni accenni al *case-law* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea) e della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà di espressione, *rectius* libertà di informazione, e tutela della verità, *rectius* protezione del falso o meglio legittimità costituzionale/convenzionale della censura del falso.

Questo contributo ha il pregio di analizzare il fenomeno delle *fake news,* distinguendo la prospettiva europea da quella statunitense, dissipando l'opacità dovuta ad alcuni *misunderstandings* molto in voga anche nella dottrina (non costituzionalista) italiana. La metafora del "*marketplace of ideas*" di holmesiana memoria[1] mal si adatta alla

* *L'articolo stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a double-blind peer review.*

[1] Cfr. Holmes' dissenting opinion, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925). Si tratta di un principio statuito dalla "scuola classica" del *public discourse* che sottende la stessa teoria e quella del *self-government* come sviluppata da A.

concezione europea della libertà di informazione. Se, infatti, a parere di chi scrive, la metafora in linea di massima potrebbe essere valevole per il c.d. discorso politico (il *political speech*, nel senso più ampio), quanto meno nell'ordinamento italiano[2], la stessa affermazione non può esser sostenuta per quella particolare *species* della libertà di espressione che è la libertà di informazione.

Il paradigma della libertà di informazione, senza addivenire ad un suo inquadramento autonomo come materia privilegiata à la Sergio Fois[3] e senza abbracciare una teoria "funzionalista" della libertà di espressione, è dotato di determinati limiti sia nell'ordinamento italiano che in quello europeo, inerenti l'interesse pubblico correlato ad una veritiera informazione. Questo è quanto sottolineato dall'Autore nel primo capitolo, in cui si evidenzia pedissequamente nelle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'uomo la centralità imprescindibile della stampa come *watchdog of democracy* e della libertà di informazione, rispetto ad un ordinamento, quello statunitense, che non le garantisce un'autonoma dignità[4]. Il saggio si sofferma, poi, sulle

---

Meiklejohn (A. Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-government*, Harper Brothers Publishers, New York, 1948, p. 26). Si veda anche R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, New York, 2005 (ristampa), p. 205.

[2] Approfondendo il tema, a parere di chi scrive, si può infatti rilevare che l'ordinamento costituzionale italiano, al contrario di quello tedesco, si propone come una democrazia aperta (salvo la XII disp. fin.) e in quest'ambito è utilizzabile la metafora del mercato delle idee e quella della necessità di una libera concorrenza delle stesse (da cui, a parere di chi scrive dovrebbe conseguire, la protezione costituzionale per ogni tipo di discorso politico, finanche razzista, secessionista e antisemita). In tal senso ci sembra il pensiero di Alessandro Pace (A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte speciale, Cedam, Padova, 2002, p. 372), di Augusto Barbera (A. Barbera, G. Miglio, *Federalismo e secessione: un dialogo*, Mondadori, Milano, 1997, p. 185) e, con qualche perplessità, anche di Paolo Barile (P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del diritto*, voI. XXIV, Milano, p. 1974, 424, 470). Cfr. per alcune opere più recenti E. Stradella, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e "prassi"*, Giappichelli, Torino, 2008 e, in senso contrario, L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L'istigazione all'odio razziale*, Cedam, Padova, 2009.

[3] S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1957.

[4] Chi scrive suggerisce la lettura in proposito di S.R. West, *Press Exceptionalism*, in *Harv. L. Rev.,* 127, 2014, p. 2439.

decisioni della Corte di Strasburgo inerenti il nuovo strumento di internet, con particolare attenzione alla giurisprudenza sulla responsabilità dei providers.

L'analisi nell'ambito del paradigma eurounitario si sposta invece sulle sentenze concernenti la *data protection*, il diritto d'autore e il diritto all'oblio, stante ancora l'assenza di decisioni sulla questione delle *fake news*, sottolineando tuttavia l'importanza dell'operato della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in relazione alla "capacità di tenuta del paradigma della libertà di espressione nell'ambito della diffusione delle tecnologie digitali" (p. 17).

Il secondo aspetto di interesse di questa panoramica giurisprudenziale è quello di individuare oculatamente il contesto di (re)azione ordinamentale: l'Europa. Malgrado le possibilità di azione dei singoli stati (da ultimo si pensi alla legislazione tedesca in materia di *fake news*) appare manifesta la prospettiva di questa studio: è evidente che, condividendo gli stati Europei un comune *consensus* in materia di libertà di informazione, la migliore azione legislativa sarebbe quella a livello europeo. In tal senso le ultime pagine del paragrafo dedicato al "paradigma europeo" si concentrano sulle più recenti "proposte" a livello eurounitario e sull'autoregolamentazione dei social media della rete. La contrapposizione è con il sistema statunitense che propone una visione pura e assoluta del *free speech*, con il solo limite del *clear and present danger test*, ossia la sanzione a posteriori dello *speech* che sia idoneo concretamente a provocare un pericolo di danno immediato. Questo test è stato soggetto a interpretazioni critiche (da Sunstein a Lessing) proprio a causa dell'avvento della rete internet. Eppure, al contrario di quanto proposto dai summenzionati autori, nella sentenza *Reno* la Corte Suprema americana, esaltando la metafora del mercato delle idee, ha ampliato a Internet l'applicazione del Primo Emendamento.

L'Autore si sofferma, successivamente, sul problema delle "interazioni" fra i diversi paradigmi (americano ed europeo) della libertà di espressione e di informazione che la rete "consente", le cui frizioni sono state ben evidenziate dal citato caso *Licra v. Yahoo.*

Se dunque si può intravedere fra i due paradigmi una frattura sistemica e insanabile in relazione alla disciplina dell'*hate speech,* analoghe conclusioni potrebbero conseguire nell'analisi della disciplina della protezione del falso: al contrario di quanto affermatosi

a livello europeo, il caso *United States v. Alvarez* ha infatti sancito l'impossibilità di ritenere il falso *ex se* non protetto dal Primo Emendamento.

Brevemente viene poi analizzato il problema del filtraggio preventivo (correlato alle ben note problematiche di censura privata) e quello della rimozione successiva di contenuti da parte delle corporation di Internet.

La conclusione non può dunque che rilevare il rigetto di un eventuale trapianto nel costituzionalismo europeo del costrutto del *marketplace of ideas* e la presenza di anticorpi che possano condurre a "un intervento dei pubblici poteri, quale che ne sia la forma, volta a reprimere la circolazione delle false notizie" (p. 51).

3. Il secondo contributo che compone il volume è di Giovanni Pitruzzella ed è intitolato *La libertà di informazione nell'era di Internet*. Il contributo, come anticipato, si concentra sui cambiamenti epocali dovuti alla rete Internet, che hanno radicalmente alterato il paradigma dell'informazione, come tratto fondante dei regimi democratici. Il mutamento storico degli habitus dell'era digitale 2.0 si è articolato su vari fenomeni concomitanti. *In primis* si è assistito ad un mutamento del sistema di produzione delle informazioni divenuto radicalmente decentralizzato e non più localizzato; mutamento che ha scardinato il ruolo tradizionale dei media istituzionali come *gatekeepers* dell'informazione e ha comportato l'aumento dei cd. *watchdogs of democracy*. *In secundis*, le riverberazioni della progressione tecnologica hanno innervato un collegamento più celere e repentino fra produttori e ricevitori di informazioni. Un ruolo cruciale in questo quadro è rivestito dai motori di ricerca e dai social networks, fra cui si stagliano decisamente Google e Facebook[5]. Questi *new media* hanno assunto un inesorabile, definitivo protagonismo e condizionamento dell'ecosistema mediatico, con notevole detrimento dei media tradizionali[6]. L'analisi si concentra dunque brevemente ma

[5] Si può rimandare in materia per ulteriori analisi a E. Bell, T. Owen, *The Platform Press: How Silicon Valley Reengineered Journalism*, in *Tow Center for Digital Journalism* 9, March 29, 2017.

[6] In Italia, aggiunge chi scrive, essi hanno sempre un maggior peso nell'ambito del diritto all'informazione: il 70,9% della popolazione italiana utilizza la rete, la percentuale di internauti cresce fino al 91,9%, fra i giovani (mentre si

con efficacia sui meccanismi di diffusione di informazioni da parte dei motori di ricerca, che selezionano i siti mediante un algoritmo, e sul "consumo preterintenzionale" di notizie legato a Facebook. La disciplina dell'algoritmo sia di Google sia di Facebook, nell'ambito del *NewsFeed*, è poi oggetto di una più pervasiva analisi che ne evidenzia la delicata prospettiva in termini di libertà di informazione. In particolare il contributo si sofferma sulla problematica di uno "specifico" algoritmo, quello teso alla personalizzazione dei risultati della *query* in base alle passate ricerche dell'utente, che può dare luogo allo sviluppo delle c.d. *filter bubbles*, come teorizzate da Eli Pariser[7].

Concluse queste rapide premesse, l'Autore evidenzia le ragioni e i riflessi della viralità delle *fake news* su Internet e come talvolta il confine fra *fake news* e opinione sia molto labile e poliforme.

Una calzante analisi è poi dedicata a quello che secondo l'interpretazione di chi scrive, appare come il *file rouge* alternativo e secondario del volume, l'*hate speech* online, sviluppato in un'attenta prospettiva di confronto con la tematica principale, ossia quella delle *fake news* online.

Di fatti questa complessità di prospettive simmetriche, coerenti con il primo contributo, suggerisce all'Autore di proporre una lettura critica della metafora del *marketplace of ideas* o *rectius*, volendo approfondire, dell'applicazione a Internet delle teorie miltioniane e

ferma al 27,8% tra gli anziani). Nell'ambito dell'informazione, stante ancora il primato dei mezzi d'informazione tradizionali (il 76,5% utilizza i telegiornali; il 52% i radio-giornali), il 51,4% degli italiani utilizza anche motori di ricerca per informarsi e il 43,7% si affida anche a Facebook. La percentuale s'inverte in relazione ai giovani fra cui Facebook è il principale strumento per informarsi (71,1%), seguito dai motori di ricerca (68,7%) e dai telegiornali (68,5%). XII Rapporto Censis-Ucsi, 2015.

[7] Da questo punto di vista sembra a chi scrive che il problema possa essere più ampio, se scollegato da quello delle *fake news*. Rilevato, infatti, il carattere non neutro degli algoritmi e dell'indicizzazione dell'informazione servirebbe probabilmente qualche forma di regolamentazione degli stessi, dato il loro enorme peso nel sistema mediale, tesa – almeno – all'imposizione della trasparenza dell'algoritmo in modo così da dare contentezza all'utente dei criteri *editoriali* prescelti dall'aggregatore di notizie a cui si affida nel reperimento di news online. Cfr. M. Monti, *Regolazione, Internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *federalismi.it*, 24, 2017, p. 12 ss.

milliane secondo cui la "Verità"[8] sia sempre in grado di trionfare nel mercato delle idee. Appare, infatti, confutabile l'angolatura prospettica secondo cui la verità sia detentrice delle qualità necessarie per trionfare e affermarsi nel mercato delle (fake) news in quanto il mondo di internet "pone sul singolo individuo un onere di approfondimento enorme e sostanzialmente impossibile da adempiere" (p. 79). È dunque arduo e improbabile ritenere che il contrasto alle *fake news* online possa essere efficacemente condotto, *rebus sic stantibus*, senza l'ausilio di forme di regolazione o autoregolamentazione dei new media della rete.

A questo dato deve aggiungersi che sembra palesarsi su Internet una generale assenza di responsabilità per i contenuti diffusi che, correlata alla "cannibalizzazione" dei media tradizionali, ha comportato una crisi dell'informazione di portata sistemica. Questa trasformazione sistemica ha anche un effetto sulla democrazia tant'è che l'Autore, riprendendo le teorie di Damiano Palano, si spinge alla profezia della creazione di una "*bubble democracy*", legata a due fenomeni: quello del "neo-tribalismo" online, una *species* della *group polarization* [9], e quello del rapido e imprevedibile spostamento dell'opinione pubblica su determinati *topics*. È necessario sottolineare che tale spostamento avviene secondo dinamiche spesso irrazionali e dovute a contingenti "mutamenti" di umori e sentimenti (il c.d. *sciame digitale* preconcettualizzato da Byung-Chul Han) che i politici si limiterebbero a inseguire per ragioni di consenso.

Giungendo dunque ai paragrafi conclusivi, fortemente connotati da considerazioni *de jure condendo* e *de lege ferenda*, l'Autore ritiene che sarebbe eccessivamente oneroso pretendere un controllo a priori sulla diffusione delle notizie (e non privo di pericoli per la libertà di diffusione delle notizie, aggiunge chi scrive) e in questo filone di controllo si inserisce un breve riferimento alla sentenza *Google v.*

[8] J. Stuart Mill, *On liberty*, 1859. Saggio sulla Libertà (trad. it), Il Saggiatore, Milano, 2009; J. Milton, *Areopagitica: A speech of Mr John Milton for the liberty of unlicensed printing to the Parliament of England* 1644, Areopagitica. Discorso per la libertà di stampa, (trad. it.), Bompiani, Milano, 2002.

[9] Chi scrive ricorda le pagine in materia di C. Sunstein in relazione alla c.d. *group polarization* (la polarizzazione dei gruppi, che tende a favorire la diffusione e il rafforzamento di convinzioni all'interno di gruppi omogenei). Cfr. C. Sunstein, *On Rumors*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 50.

Spain. Il paragrafo successivo ha un titolo evocativo che esprime perfettamente il dilemma centrale che si polarizza sulla rete Internet: "*Autoregolazione versus regolazione: è possibile trovare un equilibrio*?". In questo paragrafo si da brevemente ed efficacemente contezza delle varie possibili soluzioni al problema della diffusione di contenuti falsi online, rilevando tuttavia le problematiche di un'autoregolamentazione in tema di censura e riproponendo la condivisibile tesi di un controllo ex post mediante la collaborazione con istituzioni specializzate e terze. E infine il *coup final* proposto dall'Autore, che, nelle conclusioni, incalza la necessità di un dibattito scientifico sulla libertà di informazione in Internet e sulla *attualità* delle nostre categorie concettuali: "Di fronte ai cambiamenti epocali passati in rassegna, possiamo mantenere inalterati i vecchi schemi concettuali (..) [?] Oppure dobbiamo tentare di adeguarli a una nuova realtà, imposta dal travolgente sviluppo tecnologico, non scappando di fronte alla questione se una minaccia alla libertà di informazione oggi possa venire anche da soggetti privati, che pure ci forniscono servizi indispensabili e che hanno migliorato enormemente la condizione dell'umanità, e se con riguardo ad alcuni di essi non possano essere introdotti specifici obblighi giuridici a salvaguardia di altri diritti fondamentali?" (p. 95).

4. Il terzo e ultimo contributo del volume è di Stefano Quintarelli ed è intitolato *Content moderation: i rimedi tecnici*. Il focus di partenza dell'analisi è quello della presenza di un sistema delle comunicazioni integrato, di cui Internet è solo uno dei possibili vettori[10].

Il contributo si sofferma innanzitutto sulla diffusione di *fake news* online, analizzandone, anche mediante l'apporto di grafici, la distribuzione[11]. Una breve ricognizione è poi fatta in relazione alle

[10] Si veda in tal senso anche l'analisi comparatistica sviluppata da: W.H. Dutton, B.C. Reisdorf, E. Dubois, G. Blank, *Search and Politics: The Uses and Impacts of Search in Britain, France, Germany, Italy, Poland, Spain, and the United States*, Quello Center Working Paper No. 5-1-17, May 1, 2017.

[11] Per ulteriori approfondimenti sulla viralità e la circolazione di notizie online: AA.VV., *Viral Misinformation: The Role of Homophily and Polarization*, in *Proceedings of the 24th International Conference on World Wide Web*, New York,

principali problematiche della regolamentazione e degli algoritmi, *topoi* preliminari e imprescindibili per la successiva approfondita disamina della principale tematica del saggio: il concetto di moderazione. Innanzitutto l'Autore segnala l'impossibilità di ridurre l'attività di moderazione a un'unica *species* rilevandone le differenze sia in relazione alle modalità di diffusione sia in relazione ai contenuti oggetto di controllo (e alla possibile eventuale rimozione). Vengono dunque segnalate le differenti caratteristiche delle varie modalità di moderazione: la *pre-moderazione*, la *post-moderazione*, la *moderazione reattiva*, la *moderazione distributiva*, la *moderazione automatica* e l'assenza di moderazione, come scelta sempre meno frequente da parte dei sistemi. Il passaggio successivo è l'interessantissimo meccanismo della moderazione automatica basata sul *machine learning,* di cui tuttavia si evidenziano le caratteristiche critiche soprattutto in relazione ai c.d. falsi positivi e falsi negativi. La conclusione è che soprattutto per i falsi negativi sembra ancora necessario l'intervento della moderazione "umana": "solo gli umani sono in grado di valutare la possibile inadeguatezza di un contenuto non bloccato da moderazione automatica" (p. 112). L'analisi passa poi per il teorema di Bayes per analizzare l'affidabilità dei sistemi di moderazione automatica. Un ulteriore paragrafo di indubbio interesse è quello che analizza i sistemi cognitivi di supporto alla moderazione: da *Microsoft Content moderator* a *Google perspective API* fino ad *Amazon Automod* e *Crisp Thinking*. L'analisi si sofferma successivamente su quali siano le figure "umane" che compartecipano all'attività di moderazione, come i lavoratori di "Mechanical Turk di Amazon"[12] o i *clickworkers* di Clickworker.com.

L'Autore sottolinea inoltre che se esistono anche sistemi di valorizzazione del dato reputazionale su Internet si assiste anche, su determinate *Platforms*, al fenomeno del "contributo della comunità" come fenomeno di controllo e segnalazione da parte di soggetti che svolgono a titolo gratuito tale operazione, esemplificativo l'esempio dei c.d. Eroi di Youtube.

2015. Cfr. AA.VV., *Collective attention in the age of (mis)information*, in AA.VV., *Computers in Human Behavior*, New York, 2015.

[12] Queste nuove attività di lavoro non sono esenti da critiche circa le garanzie giuslavoristiche dei soggetti impiegati nelle stesse.

Infine l'Autore procede ad una disamina delle varie iniziative di autoregolamentazione e contrasto alle *fake news* intraprese dalle grandi corporation di Internet [13]: l'analisi si sofferma sul *News Integrity Initiative* e su una serie di iniziative 'compartecipate' sia con i governi nazionali sia con enti e associazioni private per colpire o limitare la diffusione di *fake news* su Facebook, per poi passare alle problematiche dei motori di ricerca e dello stesso Facebook. In relazione ai primi l'Autore rileva una rosa di possibili strumenti di contrasto alla diffusione di *fake news*, sulla scia di quanto tratteggiato da *Searchengineland*, e evidenzia una questione ancora non così affermatasi nella società e nel mondo del diritto: "parlare di 'neutralità' di un motore di ricerca è un ossimoro" (p. 130)[14]. Per quanto riguarda specificamente Facebook l'Autore si concentra anche sui meccanismi sviluppati recentemente dallo stesso social network in relazione alla propria tipologia di moderazione.

Infine il saggio si conclude con un paragrafo dall'esplicativo titolo *Il diritto di appello e l'anonimato protetto*, nel quale si avanza una interessante proposta relativa alla possibilità di appello, a tutela della libertà di espressione, per l'utente che si veda rimosso un suo contenuto a seguito dell'attività di moderazione delle piattaforme.

5. Nelle *Conclusioni* del Libro, si evidenzia l'opportunità di "valutare la possibilità di introdurre un nuovo paradigma di protezione dei diritti e della dignità degli individui sul web, [sottolineando che] quattro appaiono i punti centrali di un'ipotetica agenda" (p. 145). Il primo è un problema di delimitazione, se così si può dire, e riguarda la necessità di determinare in maniera puntuale i contenuti che dovrebbe essere soggetti a forme di restrizione. In secondo luogo per gli Autori deve essere data centralità alla dignità

[13] In materia si ricorda il numero monografico della rivista *MediaLaws, Rivista di diritto dei media*, n.1, 2017.

[14] Da qui forse la possibilità di rilevare un ruolo "editoriale" (l'espressione non è specificamente usata dall'Autore, ma appare a chi scrive sottesa) dei motori di ricerca che avrebbe importanti ripercussioni in chiave di responsabilizzazione degli stessi.

umana e "all'individuazione di caratteri che rendono meritevole di un 'filtro' l'informazione" (p. 145). In terzo luogo, stante il ruolo giocato dall'aspetto emozionale sulla diffusione della *fake news* (e dell'*hate speech*) online, servirebbe probabilmente sviluppare anche forme educative oltre che repressive. *Last but not least*, è rilevata la necessità di ripensare e riformulare l'allocazione di poteri e di responsabilità nel mondo della rete.

Il Libro conclude così la trattazione di una delle maggiori criticità della rete Internet, prospettando una serie di principi ispiratori per una possibile azione di regolamentazione; principi che sembrano, a chi scrive, particolarmente meritevoli di attenzione nell'ottica dello sviluppo di future riflessioni sulla rete come mezzo di informazione.

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA "RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI"

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle "Norme editoriali".
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaustivamente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.