RIVISTA DI
DIRITTI COMPARATI

Le "discriminazioni a rovescio" e le diverse modalità di superamento delle antinomie tra norme interne e norme europee*

Vincenzo Sciarabba

SOMMARIO: Considerazioni introduttive e obiettivi di ricerca: il nesso tra la limitazione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali e altre norme UE, il problema delle "discriminazioni a rovescio" e le diverse modalità di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme europee. – 2. Cenni sulla nozione di discriminazione a rovescio e inquadramento delle diverse situazioni che possono presentarsi. – 3. I tradizionali approcci della giurisprudenza europea, alcune questioni problematiche di fondo e il possibile ruolo della Corte di giustizia (…e della Corte europea dei diritti dell'uomo!) al riguardo. – 4. Le diverse soluzioni adottate nella giurisprudenza nazionale… 5. …e i limiti degli interventi legislativi in materia. – 6. Considerazioni di sintesi sul problema e sui giusti modi di affrontarlo, in particolare con riguardo alla tutela, e al necessario contemperamento, dei diritti fondamentali (di varia matrice). – 7. Le ricadute di tutto il discorso sulle differenti forme di "utilizzo" dei diritti e in genere delle norme europee nelle diverse situazioni e i rispettivi (variabili) ruoli dei giudici comuni, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia. – 8. Una proposta innovativa: l'eventuale (auto)delimitazione della portata delle decisioni di incostituzionalità per (esclusivo) contrasto con parametri europei ai soli ambiti rientranti nel campo di applicazione di questi ultimi (ove opportuno).

1. *Considerazioni introduttive e obiettivi di ricerca: il nesso tra la limitazione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali e altre norme UE, il problema delle "discriminazioni a rovescio" e le diverse modalità di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme europee*

Come ben noto, l'ambito di applicazione delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali – in virtù della "clausola orizzontale" contenuta nell'art. 51 secondo cui essa si applica agli Stati membri «only when they are implementing Union law»[1] – al pari di quello di molti altri diritti, doveri e principi di matrice

---

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

[1] Per una prima analisi di tale disposizione e delle questioni da essa sollevate ci si permette di rinviare a V. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 389-458 e Id., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, spec. p. 149 ss. Per una trattazione più ampia e aggiornata della tematica sottostante v. invece, in primo luogo, i volumi citati nella nota 4.

comunitaria[2], inclusi quelli qualificabili come principi generali del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 6 par. 3 del TUE[3] nonché molti altri riconducibili ad atti di diritto derivato, non copre la totalità delle situazioni a cui astrattamente le relative norme potrebbero essere riferite (e delle vicende anche processuali in cui esse potrebbero,

---

[2] Si precisa da subito che per semplicità – onde evitare la necessità di distinzioni spesso puramente terminologiche tra il periodo precedente e il periodo successivo all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che, come è noto, ha determinato la successione dell'*Unione* europea, come ridisegnata dal medesimo Trattato, alla *Comunità*, suggerendo quindi nell'immediato di superare anche l'aggettivo "comunitario" – nel presente scritto si farà indifferentemente ricorso a quest'ultimo più tradizionale aggettivo (che tutto sommato, al netto di pur comprensibili scrupoli definitori, risulta ad oggi ancora utilizzatissimo *anche con riferimento all'Unione* e appare dunque comunicativamente efficace e di norma privo di controindicazioni), all'aggettivo "europeo" (ove questo possa essere utilizzato senza possibilità di equivoci) e all'ormai affermato neologismo (in effetti non così "nuovo" e anzi… "quasi maggiorenne", e di uso diffuso non solo in dottrina e in giurisprudenza) "eurounitario", coniato da Antonio Ruggeri proprio in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si eviteranno invece altre espressioni – in particolare "unionale" – al momento poco "assorbite" nel linguaggio comune.

Sempre per mera comodità (allo scopo di non complicare ulteriormente, e tutto sommato inutilmente, alcuni passaggi argomentativi ricorrendo a espressioni più contorte), ed in assenza di significative ragioni ostative, si utilizzerà talora l'aggettivo "anticomunitario", pur non unanimemente apprezzato.

[3] Circa tale disposizione – che ripropone (con un piccolo ritocco: v. subito oltre) la risalente previsione con cui il Trattato di Maastricht aveva in qualche modo "ratificato" l'importante e per certi versi rivoluzionaria elaborazione giurisprudenziale sviluppata dalla Corte di Giustizia nei decenni precedenti – cfr., volendo, O. Pollicino - V. Sciarabba, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 101 ss., ove tra l'altro si evidenziava che, mentre il precedente testo affermava semplicemente che l'Unione «rispetta» i diritti garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, nella versione riformulata in occasione del Trattato di Lisbona (quella appunto contenuta nell'attuale par. 3 dell'art. 6) ci si è spinti a disporre che tali diritti «fanno parte del diritto dell'Unione» (sempre «in quanto principi generali», peraltro), con tutto ciò che ne può conseguire a vari fini.

Il mantenimento di una simile previsione pur a fronte del riconoscimento di pieno valore giuridico alla Carta dei diritti era stato oggetto di alcune perplessità e obiezioni in seno al gruppo di lavoro che, nell'ambito della seconda Convenzione (la c.d. "Convenzione Giscard"), si era occupato della questione in vista della redazione del progetto, poi naufragato, di Costituzione europea: nella Relazione finale di tale gruppo si affermava in particolare che «un riferimento del genere sarebbe superfluo e creerebbe confusione giuridica, dato che la Carta prevede già dei diritti derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni e fa riferimento a tali fonti». D'altra parte, come si era considerato all'epoca, la disposizione in questione potrebbe essere meno criticamente vista come una sorta di norma di chiusura che, come altri membri dello stesso gruppo di lavoro avevano osservato, «potrebbe servire», da un lato, «a rendere più *completa* la tutela offerta dalla Carta» e dall'altro anche «a chiarire che il diritto dell'Unione è aperto a *futuri sviluppi* della CEDU e delle legislazioni nazionali in materia di diritti dell'uomo». Per riferimenti più puntuali (ed eventualmente per alcune considerazioni sulla genesi, sul valore e sul potenziale ruolo, anche in "combinato disposto" con altre previsioni dei Trattati, della disposizione di cui all'attuale par. 3 dell'art. 6 TUE, sullo sfondo di una ricostruzione della precedente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo), si rinvia a V. Sciarabba, *Tra Fonti e Corti* cit., spec. p. 83 ss. e p. 96 ss.

sempre astrattamente, essere invocate), ma solo una loro parte, più o meno estesa a seconda di una serie di circostanze.

Nel presente scritto, sorvolando completamente su moltissimi altri aspetti e problemi che tale delimitazione imporrebbe di approfondire, e che in ampia misura sono stati approfonditi[4], si vuol richiamare l'attenzione su un profilo specifico, del quale forse bisognerebbe tenere conto più di quanto attualmente si faccia nella ricostruzione del "regime operativo" delle norme comunitarie (ovvero dei rispettivi ruoli dei vari soggetti istituzionali, in particolare ma non soltanto giurisdizionali, chiamati a rispettarle, applicarle e/o attuarle, anche nella situazioni in cui esse risultino in contrasto con norme nazionali).

Obiettivo primario (seppur non unico) della ricerca, come emergerà soprattutto nei paragrafi finali del lavoro, è in effetti quello di far luce – al duplice scopo di offrire basi migliori alle valutazioni ed opzioni già oggi riservate, su questo terreno, ai giudici comuni (oltre che, laddove coinvolte, alla Corte costituzionale e alla Corte di giustizia)[5] e di propiziare qualche piccolo "aggiustamento" con riguardo ad uno degli strumenti a disposizione (v. paragrafo 8) – su come i differenti meccanismi utilizzabili allo scopo di assicurare la piena efficacia del diritto dell'Unione e, segnatamente, di superare le situazioni di contrasto tra norme interne e norme europee[6] presentino

---

[4] Cfr. ora anzitutto, nella dottrina italiana, M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, e N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018; nonché (con approccio in qualche modo "complementare") A. Arena, *Le situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2019. Nella dottrina internazionale resta imprescindibile, pur non potendo ovviamente rendere conto di alcuni sviluppi giurisprudenziali più recenti, K. Lenaerts, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 375 ss.

[5] Si fa qui riferimento, come intuibile, alle importanti scelte che i giudici comuni sono chiamati a compiere nel quadro del nuovo scenario che la Corte costituzionale è andata a delineare, e poi a ritoccare e progressivamente precisare, a partire dal notissimo *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 attraverso un vero e proprio "filone" di decisioni che va dalle n. 20, 63, 112 e 117 del 2019 fino alle recenti n. 181 e 210 del 2024 e n. 1, 7, 21, 24 e 31 del 2025.

[6] Si allude essenzialmente a quei due modi di procedere per i quali in dottrina si è fatto ricorso, in via di sintesi, alle espressioni "percorso europeo" e "percorso interno" (cfr. da ultimo R. Mastroianni, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in *Quaderni AISDUE*, 1/2025), riferendosi, con la prima espressione, al meccanismo – consacrato con la notissima sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984 (c.d. "sentenza Granital"), sulla scia dell'altrettanto nota "sentenza Simmenthal" della Corte di giustizia (9 marzo 1978, C-106/77) – della disapplicazione della norma interna anticomunitaria da parte del giudice comune, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera di questi; e, con la seconda, alla diversa strada – in qualche modo "sdoganata" dalle sentenze della Corte di giustizia del 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*, e dell'11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B e altri*, , e, in Italia, progressivamente allargata a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 – della sottoposizione della questione al giudice delle leggi per indiretta violazione di norme costituzionali (nel nostro ordinamento, degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.; per maggiori precisazioni sul punto e più in generale per un nuovo tentativo di riflessione sui rapporti tra questi due modi di procedere alla luce delle novità giurisprudenziali degli ultimi anni sia consentito

caratteristiche e abbiano effetti tali da produrre, almeno allo stato attuale e in linea di principio (salvi cioè proprio quei possibili accorgimenti e adattamenti su cui ci si andrà a soffermare nel paragrafo finale, a chiusura della complessiva riflessione) risultati molto diversi (v. paragrafo 7) anche e precipuamente rispetto alla limitazione da cui abbiamo preso le mosse (quanto all'ambito di applicazione della Carta e di un'amplissima parte delle norme eurounitarie) e ad alcune sue importanti implicazioni, relative in particolare al tema delle "discriminazioni a rovescio": tema certo ben noto a livello generale, ma di norma poco approfondito e talora affrontato perfino da parte del legislatore in modo superficiale, un po' grossolano e/o non organico, con esiti in alcuni casi incongrui o comunque insoddisfacenti a causa di semplificazioni non di rado ingenue, equivoche e/o fuorvianti; e che pertanto si è ritenuto utile porre preliminarmente al centro di una succinta analisi critica nella prima parte del lavoro, il cui obiettivo specifico è dunque quello di contribuire (sia in funzione del successivo sviluppo della trattazione, sia per il rilievo che la cosa sembra avere in sé, secondo quanto si preciserà poco oltre) a una ricostruzione un po' più accurata, ragionata e "consapevole" di tale complessa problematica, attraverso un suo inquadramento teorico (paragrafo 2), un esame degli approcci e delle soluzioni adottate (…o non adottate… o, ancora, adottabili…) nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo (paragrafo 3) e della giurisprudenza interna, costituzionale e comune (paragrafo 4), nonché della pertinente legislazione nazionale (paragrafo 5)[7], da tutto ciò traendosi elementi per

rinviare – in aggiunta ai moltissimi altri contributi pubblicati a seguito della "svolta" avviata dal noto *obiter dictum* della sentenza n. 269 – a V. Sciarabba, *Cose da non trascurare nella ridefinizione del regime operativo del diritto, e dei diritti, di matrice europea*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2025).

[7] A tal fine si riprenderanno in parte – in modo più sintetico, ma al contempo con numerosi aggiornamenti e integrazioni – alcune considerazioni già svolte nel nostro *Le 'discriminazioni a rovescio' per non applicabilità del diritto UE: profili costituzionali, legislativi e giurisprudenziali*, in P. Ivaldi - L. Schiano di Pepe (a cura di), *Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale*, Genova, 2023, p. 143 ss. A tale contributo si rinvia per eventuali chiarimenti e approfondimenti ulteriori sui profili qui lasciati in ombra (o appunto sintetizzati), oltre che per più complete indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche.

Sulla tematica – o comunque per alcuni spunti ad essa ricollegabili – possono qui segnalarsi, quanto alla dottrina italiana, in aggiunta ai contributi citati in precedenza (spec. nella nota 4) o nelle pagine che seguono: C. Guzzetta, *Libertà di circolazione delle merci, principio di eguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario ed interno*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, p. 3919 ss.; A. Vedaschi, *L'incostituzionalità delle «discriminazioni a rovescio»: una resa al diritto comunitario?,* in *Giurisprudenza costituzionale,* 1998, p. 282 ss.; S. Ninatti, *La sola alternativa praticabile: eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1998, p. 215 ss.; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, spec. p. 118 ss. e p. 231 ss.; B. Nascimbene, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 717 ss.; S.M. Carbone, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, ivi, p. 707 ss.; F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2010; G. Pistorio, *Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario*, in www.europeanrights.eu, 2011; V. Rubino, *I limiti*

alcune considerazioni di sintesi (paragrafo 6) sul problema di fondo e sui giusti modi di affrontarlo (…a seconda delle circostanze e con esiti diversi), particolarmente ove si pongano questioni relative alla tutela, e al necessario contemperamento, di diritti fondamentali (di varia matrice).

Considerazioni – queste che si svolgeranno nel paragrafo 6 – che si ritengono di una certa utilità non solo in quanto presupposto diretto delle riflessioni svolte a seguire nei due restanti paragrafi del lavoro (v. sopra), con riguardo al problema specifico, posto con più evidenza al centro del presente scritto, dei metodi di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme europee, ma anche perché intrinsecamente rispondenti all'obiettivo che da altra prospettiva può considerarsi più generale – in quanto evidentemente suscettibile, ove almeno in parte raggiunto, di avere ricadute teoriche e pratiche di sicuro rilievo anche a molti altri fini – di rimettere in discussione e in certa misura integrare e "correggere" (indicando le ragioni e le diverse modalità per farlo) alcune tralatizie e semplicistiche visioni, ed approcci operativi, sul tema delle discriminazioni a rovescio[8]: visioni e approcci tanto diffusi quanto (come si cercherà di dimostrare) concettualmente e giuridicamente fragili e, al contempo, concretamente dannosi o pericolosi per le loro possibili conseguenze.

---

alla tutela del "Made in" fra integrazione europea e ordinamenti nazionali, Torino, 2017; E. Traversa, *Sanzioni tributarie, "discriminazioni a rovescio" ed esigenza di un intervento della Corte costituzionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 4/2020.

Nella dottrina internazionale cfr. in particolare: A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: an Incongruity in a Citizen's Europe*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2008, p. 43 ss.; D. Hanf, *'Reverse discrimination' in EU Law: Constitutional Aberration, Constitutional Necessity, of Judicial Choice*?, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2011, p. 29 ss. (ove si affronta la questione dal punto di vista costituzionale, chiedendocisi se si tratta di una "aberrazione costituzionale" o di una "necessità costituzionale", e in qualche modo finendo per indurre a riflettere sulla possibilità che si verifichino *al contempo entrambe le cose*, per quanto strano e contraddittorio possa a prima vista sembrare il fatto che un fenomeno sia qualificabile allo stesso tempo come aberrante e come necessario dal punto di vista *in senso lato* "costituzionale", tale aggettivo potendosi oggi riferire – ecco il punto – non solo all'ordinamento costituzionale interno, ma per molti versi anche a quello europeo e, in ogni caso, alle dinamiche dei rapporti tra i due ordinamenti); N. Cambien, *The scope of EU Law in recent ECJ case law: reversing 'reverse discrimination' or aggravating inequalities?,* in *Cuadernos Europeos de Deusto,* 2012, p. 127 ss.; P. Van Elsuwege, *The Phenomenon of Reverse Discrimination: An Anomaly in the European Constitutional Order?,* in L.S. Rossi - F. Casolari (eds.), *The EU after Lisbon*, Vienna, 2014, p. 161 ss.; S. Iglesias Sànchez, *Purely Internal Situations and the Limits of EU Law: A Consolidated Case Law or a Notion to be Abandoned?,* in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 7 ss.

[8] …tra cui, *in primis*, l'idea secondo la quale l'unico modo – o comunque il modo *immancabilmente migliore* – per affrontare e risolvere quelle situazioni problematiche normalmente (ma certe volte frettolosamente, o strumentalmente, e in ultima analisi erroneamente) etichettate come "discriminazioni a rovescio" sia *in tutti i casi* l'estensione della disciplina di matrice europea anche a tutte le fattispecie puramente interne.

2. Cenni sulla nozione di discriminazione a rovescio e inquadramento delle diverse situazioni che possono presentarsi

Anzitutto, attraverso il confronto tra una definizione di discriminazione al rovescio che si ritiene abbastanza semplicistica e "fuorviante", tratta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1997, e una definizione dottrinale che si ritiene invece più appropriata, si può iniziare a gettar luce, pur in modo indiretto, sulle cause profonde e sui confini del fenomeno e della nozione in questione.

Nella citata sentenza si definiscono "discriminazioni al rovescio" «le situazioni di disparità in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese, che si verificano» – si dice genericamente – «come effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario». Ebbene, la prima cosa che può notarsi è che, già nella vicenda affrontata nel caso di specie, la disparità non si era verificata tanto tra cittadini di uno Stato e cittadini di un altro, quanto tra imprese *stabilite nello Stato italiano* (a prescindere dal loro regime proprietario e quindi da questioni di nazionalità) e altre imprese: una situazione un po' più "sofisticata" di quanto potrebbe sembrare contrapponendo cittadini e non cittadini solo sulla base della nazionalità. Come correttamente ed efficacemente è stato illustrato, infatti, i problemi principali della discriminazione al rovescio dipendono in ultima analisi dalla (limitata) *applicabilità del diritto dell'Unione, a prescindere dalla cittadinanza dei soggetti interessati*[9].

Una definizione che si ritiene più adeguata è allora quella secondo cui costituiscono discriminazioni alla rovescia nel diritto comunitario le «situazioni di svantaggio in cui vengono a trovarsi eccezionalmente taluni *soggetti nazionali*, rispetto ad altri soggetti nazionali o cittadini di altri Stati membri, per il fatto di non

[9] Riconosceva che «[n]on necessariamente la discriminazione è fondata sulla nazionalità», pur aggiungendo che «[q]uesta appare tuttavia l'ipotesi più frequente, dato che le norme comunitarie concernono prevalentemente il trattamento da riservare a cittadini di altri paesi membri», E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Il Diritto dell' Unione Europea*, 1996, p. 351 ss. V. anche, in proposito, le considerazioni svolte nelle pagine successive del medesimo scritto, note incluse: ivi in particolare l'A., dopo aver chiarito che «[l]a discriminazione sorge […] fra soggetti presi in considerazione dal diritto comunitario e soggetti invece la cui situazione è regolamentata unicamente dal diritto nazionale», precisa che «[l]a discriminazione non è quindi fondata direttamente sulla nazionalità in quanto anche i cittadini dello Stato territoriale possono godere del trattamento più favorevole garantito dalle norme comunitarie qualora si trovino in una situazione rilevante per l'applicazione di queste», aggiungendo che, «[t]uttavia, può accadere che la nazionalità costituisca un elemento preso in considerazione dalle norme comunitarie al fine di delimitare l'ambito di applicazione della propria disciplina». Appena il caso di osservare come nei quasi trent'anni trascorsi dal momento in cui tali osservazioni furono formulate le cose siano cambiate non poco (per effetto anzitutto dei trattati di Amsterdam, di Nizza e di Lisbona, che hanno inciso profondamente sulle competenze, sulle finalità e nel complesso sul modo di operare del legislatore europeo), risultando oggi assai più numerose di quanto non fossero nel 1996 le situazioni in cui le norme comunitarie *non* si limitano ad occuparsi del «trattamento da riservare a cittadini di altri Paesi membri», ma si spingono a dettare "in generale" la disciplina, o parte della disciplina, di una determinata materia.

soddisfare i requisiti cui è subordinata l'applicabilità di una norma comunitaria *attributiva di diritti*»[10].

Due piccole notazioni su questa definizione.

Innanzitutto, si parla di "soggetti nazionali". In effetti, il problema potrebbe emergere anche per soggetti non nazionali, e certamente pure in tal caso una discriminazione sussisterebbe (e dovrebbe essere in qualche modo affrontata), ma essa non si potrebbe definire "alla rovescia". Ciò spiega l'inserimento del requisito nella definizione.

In secondo luogo, sembra necessario parafrasare in maniera più articolata l'idea secondo la quale affinché la discriminazione si possa produrre occorre che vi sia una norma comunitaria "attributiva di diritti".

In proposito, è opportuno distinguere tra diverse situazioni che si possono verificare:

(i) In tutti i casi in cui il diritto comunitario pone un obbligo di rispetto del "principio del trattamento nazionale", limitandosi ad imporre agli Stati membri di applicare ai cittadini degli altri Stati la stessa disciplina prevista per i propri cittadini o per le situazioni meramente interne[11], le discriminazioni al rovescio non si possono produrre[12].

(ii) Una situazione diversa si ha invece nei casi in cui a livello europeo vi sia una disciplina *sostanziale* applicabile ai soggetti e alle situazioni su cui il diritto europeo estende il suo ambito di applicazione mediante norme *di diritto derivato* volte all'armonizzazione, per esempio, di determinati settori. La peculiarità, in questi casi, sta nel fatto che le norme di diritto derivato (a differenza di quelle di diritto primario) potrebbero essere oggetto di rinvii pregiudiziali di validità, al fine di verificarne la legittimità rispetto al diritto dell'Unione sotto il profilo del principio di non discriminazione, in relazione segnatamente all'ambito di applicazione, in ipotesi eccessivamente ristretto[13]. Nei settori in cui le istituzioni europee possono – o

---

[10] S. Amadeo - G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 1221 ss., spec. p. 1224-1225.

[11] Sulla importante tematica delle situazioni o fattispecie puramente interne cfr. A. Arena, *Le situazioni puramente interne nel diritto dell'Unione europea*, cit.

[12] Qui il diritto conferito ai cittadini degli altri Stati, infatti, è proprio (e solo) quello di essere trattati come i cittadini dello Stato ospitante. È dunque lo stesso diritto eurounitario a pretendere, ma anche a considerare sufficiente, un'uniformazione di trattamento "a favore" delle situazioni interne (a cui dovrà essere equiparato anche il trattamento delle situazioni di rilevanza comunitaria): le situazioni interne saranno cioè legittimamente disciplinabili dagli Stati membri come meglio credono, con l'unico obbligo, per l'appunto, di estendere anche a situazioni di rilievo europeo la stessa disciplina prevista per le prime.

[13] Cfr., in proposito, le riflessioni di F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi inefficienti o esorbitanti?* in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 917 ss., e di E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, cit., p. 353, nota 6, ove si osserva come la questione della legittimità della norma comunitaria alla luce del principio (comunitario) di non discriminazione possa essere «rilevante nel giudizio interno al fine di non imporre al giudice nazionale di utilizzare quale parametro di raffronto delle norme comunitarie non

addirittura devono – limitarsi a introdurre una normativa non estesa a tutte le fattispecie, lasciando agli Stati la disciplina delle fattispecie puramente interne, il problema della discriminazione al rovescio potrebbe dunque essere "ribaltato", anche qualora emergesse nell'ambito di un processo nazionale: il problema della discriminazione a rovescio potrebbe insomma essere "rispedito al mittente" da parte del giudice interno, che potrebbe sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo se la direttiva o il regolamento in questione siano compatibili o meno con i principi fondamentali del diritto dell'Unione per il fatto di riguardare soltanto certe fattispecie e non altre, sostanzialmente analoghe[14].

(iii) Un'altra situazione in cui una discriminazione al rovescio può prodursi è quella in cui vi sia una normativa europea che sancisce diritti non introducendo una disciplina *sostanziale*, bensì prevedendo l'applicazione del *principio di mutuo riconoscimento*, ovvero attribuendo ai cittadini o alle imprese di certi Stati il diritto di operare in altri alle condizioni previste dalla disciplina del proprio Paese d'origine. Questi casi presentano diverse problematicità. In situazioni del genere, infatti, l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della più restrittiva disciplina interna potrebbe avere l'effetto di sostituire alla stessa disciplina interna non una disciplina europea sostanziale, ma una… "non-disciplina", ovvero una disciplina europea consistente nel rinvio alle (o meglio nella previsione delle applicabilità delle) discipline di altri Stati[15]… che però a loro volta, per ragioni analoghe, potrebbero essere annullate dalle rispettive Corti Costituzionali (in quanto meno favorevoli rispetto a quelle di altri Paesi). Una simile situazione rischia di condurre a una totale *deregulation* a causa di una sorta di "gioco di specchi" perverso: ogni Paese, per non limitare eccessivamente le proprie imprese, può (o addirittura – e la differenza è chiaramente cruciale – finisce per trovarsi costretto a) rinviare al regime previsto genericamente in altri Paesi, regime la cui unica cifra comune è tuttavia quella di non contenere le restrizioni previste nella disciplina nazionale, che viene dichiarata incostituzionale in quanto più sfavorevole rispetto alle altre. Un ottimo esempio al riguardo sembra proprio quello della già citata sentenza della Corte costituzionale n. 443 del 1997[16].

---

giustificate dall'esigenza di raggiungimento degli scopi del mercato comune». Su quest'ultimo profilo v. anche le acute riflessioni svolte dall'A. alle pagine 368 e ss. del medesimo scritto.

[14] Chiaramente, si tratta di un modo di procedere che potrebbe non essere gradito alle istituzioni politiche degli Stati membri (che potrebbero per questa via vedere ulteriormente erosi i propri spazi d'azione), ma esso, a certe condizioni, appare in sé praticabile.

[15] Si vedano, a questo riguardo, le considerazioni (in parte riportate nella nota seguente) di S. Amadeo - G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, cit., p. 1239 ss., 1252 e 1256-1257.

[16] In tale sentenza, si noti, la nostra Corte costituzionale è giunta ad imporre, testualmente, «l'equiparazione della disciplina della produzione delle imprese nazionali [*rectius*: delle imprese aventi stabilimento in Italia] *alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese*» (punto 6 in *diritto*, corsivi aggiunti); nel dispositivo, in termini ugualmente significativi (ben emergendone la portata e l'effetto pratico della

(iv) Altra ipotesi, di particolare interesse ai nostri fini, è infine quella in cui la norma europea attributiva di diritti consista in una norma attributiva di un diritto "fondamentale", qualificato come tale dall'ordinamento dell'Unione. A questa ipotesi si ricollega in particolare (ma non solo, come si diceva) l'autolimitazione del campo di applicazione della Carta ai sensi della disposizione di cui all'art. 51: disposizione che, anche ove intesa nel modo più estensivo, lascia per definizione da parte alcune fattispecie puramente interne, con la conseguenza che i diritti fondamentali europei non possono (…in quanto tali: sul punto si tornerà) trovare applicazione – allo stato attuale e a meno di cambiamenti radicali che imporrebbero una modifica del quadro normativo a livello europeo nonché, presumibilmente, a livello costituzionale interno – "a tutto campo"[17].

Tutto ciò premesso, occorre dedicare qualche cenno all'approccio, o meglio agli approcci, adottati dalla giurisprudenza europea[18], dalla giurisprudenza interna e

---

decisione), si «dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 4 luglio 1967, n. 580 (Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari), nella parte in cui non prevede che alle imprese aventi stabilimento in Italia è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati, in base al diritto comunitario, *nel territorio della Comunità europea*». Al riguardo, si è correttamente osservato che «nel caso in esame il profilo della questione (cioè il *tertium*), non è di facile individuazione: non esiste infatti una norma specifica che concerna la produzione di pasta nei Paesi comunitari diversi dall'Italia»: in ultima analisi, come si accennava, «[l]a disciplina o, più propriamente, il regime cui [i produttori] risultano sottoposti *è dato dall'assenza di una specifica disciplina a loro applicabile*» (così S. Amadeo - G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, cit., p. 1252, corsivi aggiunti; tale conclusione è riproposta a p. 1256, ove si ribadisce che, «in fin dei conti, *il tertium* consiste dell'assenza di regole applicabili, in Italia, ai produttori comunitari di pasta»).

[17] Al riguardo, vi sono peraltro alcune sentenze della Corte di Giustizia che affermano che *le norme sulla cittadinanza* sono invocabili *a prescindere dal collegamento con elementi transfrontalieri o con altre specifiche disposizioni comunitarie* la cui attuazione "incardinerebbe" l'applicabilità del diritto dell'Unione. In questa prospettiva, le norme sulla cittadinanza contenute nell'apposito titolo della Carta (tra le quali, per inciso, rientra anche il diritto alla buona amministrazione, con tutta una serie di corollari molto importanti) sarebbero applicabili ai cittadini europei *in quanto tali*, a prescindere dal legame con una situazione di rilievo europeo. Stando così le cose, e se la giurisprudenza svilupperà questi spunti, si potrà aprire all'interno delle norme della Carta una situazione privilegiata per alcuni diritti (pochi per la verità e, a parte quello ricordato, non particolarmente rilevanti, fatta salva ovviamente la libertà di circolazione), che potrebbero essere invocati sempre e comunque.

Ci sono del resto – come si ricorda in S. Amadeo - G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, cit., p. 1225, nota 4 – anche altre norme applicabili "a tutto campo", ovvero «a prescindere dal carattere 'internazionale' della fattispecie»: per esempio, il divieto di discriminazione salariale sulla base del sesso opererebbe sempre e comunque; con la conseguenza, tra l'altro, che dovrebbe in linea di principio ritenersi possibile, ove esso venga in rilievo, incardinare la competenza della Corte di Giustizia anche a partire da situazioni puramente interne.

[18] L'attenzione sarà rivolta principalmente, per ovvie ragioni, alla giurisprudenza comunitaria. Alcune riflessioni sul ruolo che nell'ambito della problematica delle discriminazioni a rovescio potrebbe in linea di principio svolgere invece la Corte europea dei diritti dell'uomo saranno tuttavia svolte – anche alla luce di alcune novità giurisprudenziali su questo fronte – nella seconda parte di questo paragrafo.

dallo stesso legislatore italiano per affrontare la problematica in questione, per poi arrivare a trarre alcune considerazioni conclusive su di essa e, soprattutto, a mettere almeno parzialmente a fuoco le ricadute di ciò che sarà emerso sulle questioni al centro del presente scritto.

3. I tradizionali approcci della giurisprudenza europea, alcune questioni problematiche di fondo e il possibile ruolo della Corte di giustizia (…e della Corte europea dei diritti dell'uomo!) al riguardo

Poiché in tutte le diverse ipotesi e situazioni sopra richiamate dal diritto dell'Unione potrebbero scaturire, in senso lato, "diritti" (consistenti magari anche solo nella possibilità di invocare la propria "disciplina d'origine"), e poiché la mancata estensione di tali diritti a determinati soggetti o a determinate situazioni "interne" potrebbe far scaturire una discriminazione a rovescio, non stupisce che il problema sia emerso e sia stato variamente affrontato in più sedi.

Quanto alla Corte di giustizia, essa è intervenuta in numerose occasioni, sviluppando una giurisprudenza riconducibile senza forzature a due filoni, se si vuole due "indirizzi": uno volto a evidenziare la (ritenuta) *irrilevanza sostanziale* delle discriminazioni a rovescio[19]; l'altro più aperto a lasciar emergere quantomeno una *potenziale rilevanza processuale* delle medesime, segnatamente in relazione alla affermata possibilità di sottoporre alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale, in vista di

[19] Tra le prime decisioni collocabili in questo filone vi è la sentenza *Morson e Jhanian* del 27 ottobre 1982, C-35/82 e C-36/82, relativa alla cruciale questione del diritto al ricongiungimento familiare, in certi casi negato in riferimento ai propri cittadini e invece concesso, in ottemperanza ai vicoli comunitari, per i (familiari di) cittadini di altri Stati membri (da notare che, anni dopo, con la sentenza *Surinder Singh* del 7 luglio 1992, C-370/90, il diritto al ricongiungimento col proprio coniuge extracomunitario fu sì riconosciuto in sede – e secondo la normativa – europea anche a favore di un cittadino nazionale residente nel proprio Stato, ma solo in virtù del fatto che tale cittadino… si era in precedenza recato a lavorare in un altro Stato membro).

Sempre a questo primo filone possono ricondursi la sentenza *Zoni* del 14 luglio 1988, C-90/86, sulla questione – poi affrontata anche dalla nostra Corte costituzionale – degli ingredienti per poter (vendere e) produrre pasta in Italia; la sentenza *Mathot* del 18 febbraio 1987, C-98/86 (sulle prescrizioni relative all'etichettatura del burro in Belgio); la sentenza 12 marzo 1987, C-178/84, *Commissione/Germania* (sulla composizione tradizionale della birra, imposta da una legge tedesca); le sentenze *Steen c. Deutsche Bundespost I* (28 gennaio 1992, C-332/90) e *II* (16 giugno 1994, C-132/93); la sentenza del 16 febbraio 1995, cause riunite C-29-35/94 (sulla questione dei requisiti per poter gestire un salone di parrucchiere in Francia); l'ordinanza del 5 aprile 2004, C-3/02, *Mosconi*, circa la lamentata discriminazione a rovescio degli ingegneri civili italiani rispetto agli ingegneri di altri Paesi dell'Unione europea in relazione agli interventi sui beni di interesse storico e artistico riservati dalla disciplina nazionale agli "architetti" (sul punto v. anche, a livello interno, la sentenza del Consiglio di Stato del 9 gennaio 2014, n. 21).

un'eventuale successiva rimozione della discriminazione da parte del giudice nazionale[20].

Al riguardo, il punto centrale che preme sottolineare è la necessità di non considerare queste due impostazioni come tra loro antitetiche, o come espressione di due fasi cronologicamente successive e contenutisticamente incompatibili della giurisprudenza europea, potendosi piuttosto notare uno sviluppo in cui il secondo filone, senza smentire quanto si era affermato in precedenza, ha introdotto una sorta di correttivo sul piano processuale, non tale però da superare quello che è stato chiamato "agnosticismo comunitario" con riguardo alle discriminazioni a rovescio, con ciò riferendosi all'affermata irrilevanza dal punto di vista europeo di queste eventuali discriminazioni (interamente imputate, in sostanza, all'esistenza di discipline interne non corrispondenti a quelle applicabili alle situazioni di rilievo europeo), proprio perché riconducibili all'ambito delle situazioni di interesse e rilievo puramente interno, in cui l'Unione per definizione non dovrebbe poter entrare in alcun modo.

Allo stato attuale sembra dunque piuttosto salda nella giurisprudenza europea la irrilevanza *sul piano sostanziale* delle discriminazioni a rovescio, cioè *l'impossibilità di porvi rimedio a tale livello* – in applicazione, in particolare, del principio generale di eguaglianza e non discriminazione (come previsto oggi negli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti) – in quelle situazioni che in quanto puramente interne non consentono alla Corte di Giustizia nemmeno di applicare il principio di eguaglianza.

In cosa, dunque, risulta innovativo questo secondo filone giurisprudenziale? In breve, nella affermata possibilità di dichiarare ricevibili da parte della Corte di Giustizia delle questioni pregiudiziali prospettatele da parte dei giudici nazionali *ad alcuni altri, specifici fini*. La cosa può risultare rilevante non solo in vista dell'ipotesi – allo stato attuale invero piuttosto marginale, ma di grande interesse in prospettiva futura per i motivi che emergeranno oltre – di giudizio sulla validità *delle norme europee* di diritto derivato da cui le discriminazioni deriverebbero, in conseguenza della inadeguatezza del loro ambito di applicazione, ma anche nell'ipotesi, di certo più frequente, in cui ai giudici degli Stati membri interessi interpellare la Corte di Giustizia per ottenere chiarimenti sulla portata della normativa europea non applicabile *in quanto tale* nelle situazioni puramente interne, e tuttavia "operante" – e quindi *rilevante* dal punto di vista del giudizio interno – in quanto potenziale *tertium*

[20] A questo secondo filone possono tra l'altro ricondursi la sentenza 5 dicembre 2000, C-448/98, *Guimont* (sui requisiti per poter etichettare un formaggio come "Emmenthal" in Francia); la sentenza 5 marzo 2002, cause riunite C-515/99 et al., *Reisch*; l'ordinanza 17 febbraio 2005, C-250/03, *Mauri*; la sentenza 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*; la sentenza 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla*; la sentenza 1 aprile 2008, C-212/06, *Communauté française*; la sentenza 1 luglio 2010, C-393/08, *Sbarigia*; la sentenza 21 febbraio 2013, C-111/12 (ancora sulla questione dei titoli necessari per intervenire sugli edifici di interesse culturale in Italia).

comparationis di quell'eventuale giudizio di eguaglianza che i giudici potrebbero decidere di richiedere alla Corte costituzionale nazionale.

Da notarsi anzi, al riguardo, che potrebbe essere *la stessa Corte costituzionale*, in Italia come in altri Stati che hanno conosciuto un analogo sviluppo, a prospettare una questione del genere alla Corte di Giustizia, ad esempio nell'ambito di un giudizio su una questione di costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, andando a chiedere al giudice europeo – allo scopo di poter poi valutare se vi sia o meno una differenza di trattamento qualificabile dal punto di vista costituzionale come una discriminazione (a rovescio) e trarne le conseguenze ritenute più corrette[21] – un'interpretazione della Corte di Giustizia *su una norma europea rilevante a livello interno appunto in quanto (potenziale) termine di paragone di una normativa nazionale* asseritamente incostituzionale non tanto per le sue caratteristiche intrinseche, per i suoi contenuti, bensì proprio per il fatto di dettare una *disciplina diversa da quella applicabile a fattispecie (strutturalmente simili ma) di rilievo europeo*: e ciò sulla base di elementi "distintivi" (cioè che determinano l'applicabilità di una disciplina o dell'altra) sostanzialmente contingenti, e in molti casi razionalmente poco giustificabili…

…In *molti* casi poco giustificabili, ma – occorre adesso sottolineare – non *in tutti*: e questo è un elemento da tenere in massima considerazione perché spesso, invece, si tende a ritenere che la *differenza di regime* implichi, *in quanto tale*, una vera e propria *discriminazione* intollerabile dal punto di vista del principio interno di eguaglianza. Mentre, come ben sa chi abbia un minimo di dimestichezza con la giurisprudenza costituzionale, non sempre è così.

Ed è proprio per capire se, in ciascun caso concreto, sia così oppure no – ecco il punto (o almeno *un* punto importante) – potrebbe risultare utile, talora necessario, ottenere anzitutto da parte della Corte di Giustizia una sentenza interpretativa sui *contenuti*, sulla *portata* e/o sull'*ambito soggettivo di applicazione* della disciplina europea di cui si chiede a livello interno, in sostanza, l'estensione attraverso la rimozione della diversa disciplina nazionale (asseritamente *incostituzionale* proprio *in quanto differente da quella europea*; o meglio – ed è questo un "dettaglio" che può rendere ancor più rilevanti gli elementi acquisibili attraverso le richieste pregiudiziali al giudice europeo – in quanto *senza valida ragione* differente).

---

[21] Non necessariamente, si vuol evidenziare fin d'ora, nel senso dell'eliminazione della differenza di regime attraverso la (sostanziale) estensione della "disciplina comunitaria" – o comunque della disciplina applicabile a determinate fattispecie sulla base di norme comunitarie (per esempio, e anzitutto, per effetto del principio di mutuo riconoscimento) – a fattispecie interne, ritenute omologhe, alle quali tale disciplina non sarebbe applicabile "per forza propria".

In questo senso possono richiamarsi le considerazioni di S. Amadeo - G.P. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, cit., p. 1246, secondo cui «[a]pparterrà alla Corte [costituzionale] il ruolo di modulare gli esiti del giudizio di eguaglianza, *in modo da evitare un acritico e, per così dire, meccanico appiattimento della disciplina interna a quella comunitaria*» (corsivi aggiunti, come sempre ove non diversamente indicato).

Da quanto si è detto discende che questo secondo filone giurisprudenziale della Corte di giustizia europea potrebbe aiutare i giudici interni a risolvere talora il problema delle discriminazioni a rovescio (dove ve ne siano i presupposti, esattamente all'accertamento di ciò potendo appunto risultare funzionali i chiarimenti richiesti alla Corte di Lussemburgo) attraverso il superamento delle discipline nazionali non corrispondenti a quelle "europee".

Superamento che potrebbe avvenire, a seconda dei casi, direttamente ad opera dei giudici comuni – qualora il problema fosse risolvibile in sede interpretativa attraverso l'applicazione estensiva della disciplina, o comunque del regime, di matrice europea, oppure attraverso la sua applicazione analogica ove questa soluzione sia ammissibile – oppure sollecitando l'intervento del giudice costituzionale. Ed è chiaro che, in entrambi i casi, il responso alla Corte di Giustizia potrebbe in molte situazioni offrire degli "appigli" importanti per *argomentare la sussistenza della discriminazione* e *la necessità di rimuoverla*; come peraltro, in altre situazioni, elementi da cui potrebbe al contrario ricavarsi la complessiva "giustificabilità" della pur riscontrata differenza di regime, in ragione della non piena omogeneità, che potrebbe emergere approfondendo e analizzando la questione da tutti i possibili punti di vista (aspetto questo su cui si tornerà), tra le fattispecie a prima vista corrispondenti messe a confronto (ed è appena il caso di evidenziare come anche in questo secondo caso risulterebbe innegabile l'utilità dell'intervento del giudice europeo in vista di quella che sarebbe pur sempre *una soluzione* del problema sollevato).

Vi è poi da dire, spostando l'attenzione su un ulteriore aspetto normalmente poco considerato, che le discriminazioni a rovescio, oltre a poter assumere rilievo dal punto di vista costituzionale interno, e oltre ad assumere o non assumere rilievo dal punto di vista dell'Unione, potrebbero, nei casi in cui non trovassero una soluzione soddisfacente in nessuno di questi due ambiti ordinamentali, assumere le fattezze di una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dunque essere poste a fondamento di un ricorso *presso la Corte di Strasburgo*. Ciò in quanto, come è noto, nella CEDU e nel protocollo addizionale n. 12 – ratificato e vigente per una serie di Paesi (tra cui però non l'Italia) – sono presenti due norme che potrebbero venire in rilievo.

La prima è contenuta nell'art. 14 della Convenzione, che introduce un divieto di discriminazione – facendo riferimento «in particolare» a «quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, *l'origine nazionale* o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita *od ogni altra condizione*» – *nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Convenzione* (e dai suoi protocolli): su questa base, ad esempio in materia di ricongiungimento familiare (facendo riferimento, a tal fine, all'art. 8, relativo al diritto al rispetto della vita privata e familiare, e alla pertinente, corposa elaborazione giurisprudenziale) oppure nell'ambito di una delle molte situazioni ricadenti, sempre alla luce della ricca giurisprudenza di Strasburgo, sotto l'ampio ombrello dell'art. 1 del

Protocollo n. 1 (protezione della proprietà)[22], come pure in ogni altra situazione "coperta" dal "sistema della Convenzione", coloro che ritenessero di aver subito una discriminazione senza trovare tutela né a livello europeo (per non essere la loro situazione riconducibile all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione), né a livello nazionale, potrebbero, come "ultima spiaggia" e alle consuete condizioni, tentare di investire del problema la Corte EDU.

La seconda norma di rilievo è contenuta nel protocollo 12, il quale prevede un divieto di discriminazione *generale*, disponendo che «il godimento di ogni diritto *previsto dalla legge* deve essere assicurato senza nessuna discriminazione»[23], incluse espressamente, anche qui, quelle fondate sull'origine nazionale (come pure, ancora, su "altre condizioni", tale espressione dovendosi sempre intendere, ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo, in senso lato, operando in sostanza come una "clausola di apertura" rispetto alla precedente e non tassativa elencazione, in modo analogo a quanto avviene con riguardo all'art. 3, co. 1, della nostra Costituzione).

Su questa base, chiaramente, sarebbero ancora maggiori – rispetto alle già ampie possibilità di ricorso all'art. 14 CEDU, invocabile ogni qualvolta si prospetti una condotta discriminatoria incidente su un diritto *previsto dalla Convenzione*[24] – le

---

[22] Quanto numerose e variegate siano le situazioni tutelabili per il tramite dell'art. 1 del Protocollo n. 1 è piuttosto noto. Limitandosi a un unico, illuminante, esempio, si può richiamare un passaggio di un'importante sentenza, sulla quale si tornerà poco più avanti, in cui la Corte, appoggiandosi alla propria precedente giurisprudenza, ha affermato che «*the right to emergency assistance* – in so far as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1. That provision is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay "taxes or other contributions" (see *Gaygusuz*, cited above, p. 1142, § 41)», precisando, con riferimento al caso citato, che, «[i]n that connection, […] the fact that, in that case, the applicant had paid contributions and was thus entitled to emergency assistance (ibid., p. 1141-42, § 39) does not mean, by converse implication, that *a non-contributory social benefit* such as the AAH does not *also give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1*» (Corte EDU, 30 settembre 2003, *Koua Poirrez*, ric. 40892/98).

Per una corposa e illuminante ricostruzione giurisprudenziale in materia cfr. senz'altro R. Conti, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, Roma, 2012.

[23] Già dal testo inglese di tale previsione – «The enjoyment of any right set forth *by law* shall be secured without discrimination on any ground» – si ricava, alla luce del significato attribuito in tale lingua al termine "law", che il riferimento alla "legge" va inteso in senso ampio e inclusivo di ogni fonte del diritto riconosciuta (o recepita) nei vari ordinamenti (ben al di là, dunque, degli atti legislativi in senso stretto).

[24] È importante notare che, anche in tale ipotesi, la Corte ha più volte chiarito come non sia necessario, ai fini dell'invocabilità e dell'applicabilità dell'art. 14, che vi sia effettivamente una vera e propria *violazione* di un altro diritto "sostanziale" previsto dalla Convenzione (suscettibile di essere autonomamente accertata come tale), essendo sufficiente che i fatti in questione rientrino nell'ambito di una o più di queste ultime (il punto era già chiarito, ad esempio, nella sentenza del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, p.to 71, e nella sentenza del 28 ottobre 1987, *Inze c. Austria*, p.to 36, ed è stato ribadito, tra le tante volte, nella poc'anzi citata sentenza *Koua Poirrez* del 30 settembre 2003).

possibilità di affrontare il problema delle discriminazioni a rovescio a livello europeo: non in sede comunitaria, magari davanti alla Corte di Giustizia (mediante, per esempio, un ricorso pregiudiziale), bensì appunto davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Ed è poi appena il caso di aggiungere, al riguardo, che i vincoli derivanti dalla Convenzione e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in Italia come in molti altri Paesi, ridondano, per così dire, in vincoli di rilievo costituzionale interno, da ciò potendo derivare – circostanza ovvia, ma meritevole di sottolineatura per il particolare rilievo che essa può avere ai nostri fini, secondo quanto si chiarirà immediatamente – la necessità di dar "seguito" alla giurisprudenza di Strasburgo anche in tema di divieto di discriminazione, eventualmente *giungendo per tale via a superare una giurisprudenza costituzionale che in ipotesi avesse negato, in riferimento al solo art. 3 della Costituzione italiana, la sussistenza di una violazione* che invece potrebbe a questo punto dover essere riconosciuta *in riferimento all'art. 117, co. 1* (che, come è ben noto, impone al legislatore di rispettare i vincoli internazionali, fra cui appunto quelli derivanti dalla CEDU *come interpretata dalla Corte di Strasburgo*[25]).

È importante notare, d'altra parte, che le stesse ragioni (su cui si tornerà) che inducono a sottolineare la necessità che le ipotesi di asserita discriminazione a rovescio siano affrontate, sia a livello nazionale sia a livello comunitario, *cum grano salis* (cioè non necessariamente nel senso dell'estensione della disciplina europea a fattispecie puramente interne che non ricadano nel suo ambito di applicazione) valgono anche (e per certi versi a maggior ragione, considerando l'ampiezza del margine di apprezzamento che su questo terreno verrebbe molto verosimilmente riconosciuto agli Stati membri e, indirettamente, all'Unione) con riguardo all'eventuale "spostamento a Strasburgo" delle relative questioni.

Proprio in riferimento a quest'ultima considerazione – oltre che per il fatto di confermare, a monte, quanto si è osservato in generale circa la possibilità che la tematica assuma rilievo nell'ambito del "sistema CEDU", con tutto ciò che ne può conseguire – appare di grande rilievo una recentissima pronuncia della Corte EDU[26], nella quale, per la prima volta[27], tale Corte ha avuto occasione di occuparsi di

---

[25] Sul punto cfr. volendo V. Sciarabba, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali* (a commento delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007), in *Giurisprudenza costituzionale*, 2007, p. 3579 ss. e in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; e, con riferimenti alle importanti precisazioni contenute nella giurisprudenza successiva, Id., *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, spec. p. 175-233, nonché (più in breve) Id., *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in Aa.Vv., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa - M.G. Civinini, Milano, 2019, e in *Questione Giustizia*, 2019).

[26] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 22 maggio 2025, *Affaire De Galbert Defforey et Autres C. France*, ric. n. 45443/21 et 2 autres.

[27] Così afferma espressamente la Corte al p.to 98 della decisione.

Può peraltro osservarsi che, a ben vedere, non mancano affatto, nella giurisprudenza di Strasburgo, alcune precedenti decisioni che – pur senza fare espressamente riferimento alla problematica delle discriminazioni al rovescio – hanno affrontato questioni "strutturalmente" se non del tutto coincidenti almeno in larga misura assimilabili a quella risolta nel caso attuale.

discriminazioni alla rovescia («*discriminations à rebours*») decidendo alcuni ricorsi fondati sulla asserita violazione dell'art. 14 della CEDU in relazione all'art. 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà)[28].

In via esemplificativa si può brevemente ricordare proprio il già citato caso *Koua Poirrez*, che, prima di essere risolto in senso favorevole al ricorrente proprio dalla Corte EDU (con sentenza del 30 settembre 2003, incentrata sul divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU, in combinazione con l'art. 1 del Protocollo n. 1, sulla protezione della proprietà: dunque esattamente gli stessi "parametri" utilizzati nella citata sentenza del 22 maggio), era stato sottoposto infruttuosamente alla Corte di Lussemburgo (cfr. Corte giust., 16 dicembre 1992, C-206/91), della quale appare alquanto significativa, ai fini del presente lavoro, l'argomentazione: infatti, a fronte di un rinvio pregiudiziale con il quale si poneva in dubbio la conformità al diritto comunitario di una disciplina francese sulla base della quale era stato negato – a causa esclusivamente della sua nazionalità – a un cittadino ivoriano (adottato dopo il raggiungimento della maggiore età *da un cittadino francese*) il sussidio pubblico previsto per gli adulti affetti da disabilità, il giudice comunitario ritenne *inapplicabile alla fattispecie il diritto comunitario* (la compatibilità del quale con il rifiuto di concedere al ricorrente l'indennità richiesta non si è dunque andata a esaminare nel merito), poiché *il padre del signor Koua Poirrez, risiedendo e lavorando nel Paese di cui aveva la nazionalità, non rientrava nella categoria di "lavoratore emigrante", alla quale soltanto avrebbero potuto applicarsi le norme comunitarie invocate* a supporto della doverosità del sussidio (la circostanza è sinteticamente richiamata anche nel p.to 16 della sentenza della Corte EDU del 2003, restando poi però solo sullo sfondo della decisione di tale Corte essenzialmente in ragione del fatto, deve ritenersi, che, in tale occasione, l'esito favorevole per il ricorrente si è potuto raggiungere in modo "diretto", prescindendo cioè dalla più specifica e complessa questione dell'eventuale discriminazioni al rovescio e per così dire "scavalcandola" in quanto sostanzialmente *irrilevante nelle circostanze del caso*, alla luce appunto della possibilità di addivenire, in maniera assai meno tortuosa, all'immediato riconoscimento della natura *intrinsecamente* discriminatoria della mancata concessione della prestazione assistenziale – che sarebbe stata altrimenti dovuta – per la sola ragione della nazionalità del ricorrente).

Sull'interessante vicenda meritano di essere richiamate le osservazioni di S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 3 ss., spec. p. 95, ove tra l'altro si ricorda che su tale caso si soffermò, nel suo discorso inaugurale dell'anno giudiziario, del 22 gennaio 2004, Luzius Wildhaber, Presidente della Corte di Strasburgo, richiamandolo come esempio della complessità e della "complementarietà" dei tre livelli – nazionale, comunitario e CEDU – di protezione dei diritti in Europa, non senza peraltro rimarcare come in verità sarebbe stato compito dei giudici nazionali garantire *ab origine* il rispetto delle norme della CEDU; e anzi «viene da chiedersi» – aggiungeva acutamente Panunzio – «se, tra le righe, la critica [di Wildhaber] non fosse rivolta anche alla Corte di Lussemburgo, posto che anch'essa applica i principi della CEDU»: laddove però, potrebbe ulteriormente osservarsi, ad aver impedito alla Corte di Lussemburgo di fare quanto auspicato sembrerebbe essere stata proprio e appunto la circostanza che la partita, in tale sede, si sia dovuta giocare (e, per così dire, perdere) non già *nel merito*, ma inevitabilmente (e pur con le contraddizioni a ciò conseguenti) sul punto, pregiudiziale, *dell'applicabilità o meno del diritto comunitario* (e quindi, anche, dei suoi stessi principi generali *ex* art 6 TUE).

[28] Più precisamente, i tre ricorrenti lamentavano la natura discriminatoria dei metodi utilizzati per calcolare la base imponibile della loro imposta sul reddito, sostenendo di essere stati trattati in modo meno favorevole rispetto ai contribuenti che avevano effettuato un'operazione di scambio di titoli disciplinata dal diritto dell'Unione europea.

In particolare, essi contestavano (con piccole differenze tra i primi due ricorrenti ed il terzo, in ragione della non perfetta coincidenza tra le rispettive posizioni) il fatto di non poter beneficiare di un'agevolazione fiscale, in sede di tassazione delle plusvalenze derivanti dallo scambio e dal conferimento di titoli, della quale invece – alla luce di quanto ricavabile dalla sentenza della Corte di

Rinviando ad altra sede un più approfondito esame della sentenza e dei suoi molteplici motivi di interesse, si può qui segnalare e sottolineare come, nell'occasione, la Corte europea abbia anzitutto considerato i tre ricorsi *ricevibili* (riunendoli ai fini di un unico giudizio); abbia considerato come *dimostrata la disparità di trattamento* lamentata dai ricorrenti (p.to 90); abbia altresì rigettato (p.to 91) la tesi del Governo francese secondo cui la situazione di un contribuente che, in relazione a determinate operazioni, rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione non sarebbe paragonabile (per definizione, potrebbe dirsi) a quella di un contribuente che non vi rientra, affermando invece risolutamente che *le due categorie di contribuenti* poste a confronto, entrambe con residenza fiscale in Francia, *si trovano in una situazione analoga* («une situation *comparable*») con riferimento all'aspetto su cui si incentravano le doglianze dei ricorrenti, le quali riguardavano le (diverse) modalità di tassazione di plusvalenze *della stessa natura* («les modalités de taxation de gains *de même nature*»); ma, nonostante tutto ciò, sia infine giunta (p.ti 93-103) a ritenere giustificabile una tale differenza di trattamento di situazioni per molti versi analoghe sulla base di una serie di considerazioni, relative (principalmente): *i)* alle ragioni e finalità sottostanti alla duplicità di regimi; *ii)* alla particolare ampiezza del margine di discrezionalità spettante agli Stati allorché, come nel caso di specie, "si tratti di definire misure generali in materia economica o sociale" («*lorsqu'il s'agit pour lui de définir des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale*»)[29]; *iii)* alla circostanza che la differenza di trattamento in questione è in parte il risultato di libere scelte individuali; *iv)* al fatto, di estrema importanza nell'economia generale del discorso, che tale differenza *non si basa sulla nazionalità dei contribuenti*[30] (e nemmeno, può ricordarsi, sul loro luogo di residenza: cfr. p.to 85), bensì su alcune caratteristiche oggettive delle operazioni da questi effettuate, da cui ragionevolmente dipende l'applicabilità della più vantaggiosa

---

giustizia del 18 settembre 2019, cause C-662/18 e C-672/18 – essi avrebbero asseritamente (e verosimilmente) potuto beneficiare qualora le loro operazioni finanziarie fossero rientrate nell'ambito di applicazione della Direttiva 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009 (relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri). In ultima analisi, per giustificare le proprie richieste, tutti i ricorrenti sostenevano apertamente che la loro situazione fosse *sostanzialmente analoga* («*comparable*») a quella dei contribuenti che avessero effettuato un'operazione di scambio transfrontaliero di titoli all'interno del mercato interno europeo (p.to 72 della sentenza), ricadendo, per questo solo motivo giuridicamente dirimente, nell'ambito di applicazione della direttiva (e, conseguentemente, del più blando regime fiscale da questa previsto).

[29] A tale rilievo può accostarsi la notazione che «la différence de traitement litigieuse relève de la *matière fiscale*, *ce domaine faisant partie du noyau dur des prérogatives de la puissance publique* (voir, sous l'angle de l'article 1 du Protocole nº 1, *Krayeva c. Ukraine*, nº 72858/13, § 28, 13 janvier 2022)» (p.to 96).

[30] Ove così fosse invece stato, ben più ristretto sarebbe stato il margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati dalla Corte: «seules des considérations très fortes peuvent justifier une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité (*Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 46, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, *Koua Poirrez c. France*, nº 40892/98, § 46, CEDH 2003-X, et *Andrejeva*, précité, § 87)» (p.to 95).

(…almeno dal punto di vista di tali soggetti) disciplina europea[31]; *v)* infine, all'esistenza di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra mezzi impiegati e obiettivi perseguiti (a tutto ciò potendosi aggiungere la circostanza, richiamata più volte nella decisione e verosimilmente non priva di un suo più che fisiologico rilievo, che della questione di fondo si fossero già occupati, a livello interno, sia il Consiglio di Stato sia il Consiglio costituzionale, il quale, in una decisione del 3 aprile 2020, aveva tra l'altro affermato la sussistenza di uno stretto nesso tra la differenziazione di trattamento e le finalità perseguite dalla legislazione nazionale applicabile alle fattispecie puramente interne: cfr. i punti 22, 74, 79 e 99 della sentenza della Corte EDU e i punti 12, 13, 14 e 15 della pronuncia del *Conseil constitutionnel*).

4. Le diverse soluzioni adottate nella giurisprudenza nazionale…

Quanto complesse e diversificate possano essere le impostazioni e le soluzioni con cui affrontare e superare il problema delle discriminazioni a rovescio lo si può anche ed ampiamente ricavare da un esame, pur sommario, della giurisprudenza italiana (anzitutto costituzionale, ma anche civile e amministrativa, come brevemente si ricorderà).

Tra le decisioni più risalenti e significative vi è la sentenza della Corte costituzionale n. 249 del 1995, che spicca per aver risolto la questione relativa alla lamentata discriminazione a rovescio *in via interpretativa*, attraverso una decisione di inammissibilità, sostanzialmente per mancata interpretazione conforme a Costituzione della normativa impugnata, tale da (portare ad) estendere anche ai cittadini italiani (e quindi poi anche, per "proprietà transitiva", per ragioni su cui qui si sorvola, ai cittadini extracomunitari) il regime che la Corte di Giustizia aveva affermato doversi applicare ai cittadini di Stati membri dell'Unione diversi dall'Italia[32].

Nella non meno istruttiva sentenza n. 61 del 1996 – relativa all'ambito territoriale dell'attività dei procuratori legali – la discriminazione fu ritenuta invece insussistente sulla base del fatto che, a differenza di quanto era stato prospettato, *la Corte ritenne non omogenee le situazioni poste a raffronto*: quella dei procuratori legali italiani stabiliti in Italia che avrebbero incontrato limitazioni relative all'ambito territoriale di esercizio della professione, e quella degli avvocati stabiliti in altri Stati che, potevano invece all'occorrenza, affiancandosi a un avvocato italiano, operare su tutto il

[31] In particolare – alla luce dell'art. 8 della direttiva 2009/133, come interpretato dalla Corte di giustizia – le operazioni di scambio di titoli rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina europea (volta ad assicurare un rigoroso requisito di neutralità fiscale) sono, coerentemente con gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, solamente quelle effettuate nell'ambito del mercato interno europeo e aventi *carattere transfrontaliero*, riguardando *società di almeno due Stati membri* (cfr. p.ti 52, 85 e 97 della decisione).

[32] Per ulteriori dettagli e considerazioni su questa e sulle altre decisioni qui brevemente richiamate (e su altre) si rinvia allo scritto citato nella nota 6.

territorio nazionale. La Corte sottolineò, in sostanza, come l'accostamento fosse errato, giacché semmai sarebbe stato opportuno e necessario confrontare le situazioni dei procuratori legali italiani a quella dei procuratori e avvocati esteri *stabiliti*, cioè operanti stabilmente, in Italia, per i quali in effetti il vincolo dell'ambito territoriale risultava sussistente. In altri termini, emerse come in questo caso non vi fosse a ben vedere la possibilità di lamentare alcuna discriminazione in quanto (era) *la disciplina nazionale* (che) *si applicava* anche *alle fattispecie di rilievo comunitario correttamente comparabili con quelle interne* rispetto alle quali si era lamentata la discriminazione (sulla base di un *erroneo* raffronto con altre fattispecie di rilievo comunitario *non pienamente assimilabili*).

Diverso risulta l'approccio adottato nella già citata, e assai rilevante, sentenza n. 443 del 1997, su cui moltissimo si è detto e scritto, e rispetto alla quale ci si vuol qui limitare a ribadire criticamente quanto già affermato in precedenza in termini generali, e cioè che – in casi di questo genere – la dichiarazione di incostituzionalità di una più restrittiva disciplina interna rischia di avere l'effetto perverso di sostituire a tale disciplina interna non una "vera", sostanziale, disciplina europea, bensì, come si diceva, una… assenza di disciplina, la disciplina europea consistendo in pratica nel rinvio alle discipline di altri Stati le quali, a loro volta e per la stessa ragione, potrebbero essere annullate dalle rispettive Corti Costituzionali in quanto meno favorevoli rispetto a quelle di altri Paesi…

Situazione che, come si osservava, rischia di generare una sempre più spinta *deregulation* a causa, si diceva, di una sorta di gioco di specchi per cui ogni Paese, per non sfavorire le proprie imprese, si trova indotto (o addirittura giunge a ritenersi costituzionalmente obbligato) a rinviare, genericamente, a un non meglio identificato regime previsto in altri Paesi (…il cui unico elemento comune consiste paradossalmente nell'esclusione delle restrizioni previste nella disciplina nazionale, ritenuta incostituzionale in quanto più sfavorevole rispetto alle altre…)[33].

Assai interessanti sono poi le sentenze n. 114 del 2000 e n. 332 del 2002, ove la peculiarità sta nell'aver la Corte risolto *per altra via* delle questioni che potevano presentarsi come problemi di discriminazioni a rovescio, giacché la disciplina nazionale in materia tributaria prevedeva un'inversione dell'onere della prova particolarmente gravosa per le sole fattispecie di rilievo puramente interno (in quanto

[33] In effetti, dal punto di vista strettamente giuridico si potrebbe arrivare a considerare un caso straordinario il fatto che in Italia ancora si produca una buona pasta *di grano duro*, visto che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina interna ad opera della citata sentenza ha determinato una situazione in cui la pasta in linea di principio avrebbe potuto e potrebbe essere prodotta nel nostro Paese *con qualunque ingrediente consentito in qualunque Stato membro dell'UE*: particolarmente indicativo al riguardo è lo stesso modo in cui è stato messo a punto – in un contesto in cui evidenti erano le difficoltà, e molteplici le possibilità, di formulazione – il dispositivo della sentenza, ove la disciplina legislativa impugnata è stata dichiarata incostituzionale «nella parte in cui non prevede che *alle imprese aventi stabilimento in Italia* è consentita, nella produzione e nella commercializzazione di paste alimentari, *l'utilizzazione di ingredienti legittimamente impiegati*, in base al diritto comunitario, *nel territorio della Comunità europea*».

relative a tributi non armonizzati): inversione dell'onere della prova che invece non si aveva in situazioni processuali relative ad altri tributi armonizzati, per cui si applicavano tutte le cospicue garanzie affermate dalla Corte di Giustizia. A fronte di una situazione di questo tipo, la Corte costituzionale ha qui dichiarato l'incostituzionalità della disciplina interna *per altre ragioni*: in un caso per violazione dell'art. 24 (diritto di difesa), e nell'altro per violazione dell'art. 3, ma sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca della disciplina (non della differenza di trattamento), affermando così, sostanzialmente, che quegli stessi diritti previsti a livello europeo, che per un certo periodo erano stati trascurati dalla disciplina interna, dovevano essere fatti valere anche in riferimento a questa: ma non in quanto diritti di matrice europea (non applicabili, come tali, alle fattispecie di rilievo interno), bensì *in quanto* (*coincidenti con*) *diritti previsti a livello costituzionale interno* (…verosimilmente sulla base di una "interpretazione comunitariamente influenzata" delle norme costituzionali, alla stregua di un modo di procedere negli ultimi tempi sempre meno occasionale e apertamente teorizzato, ma non certo nuovo).

Altra decisione di rilievo, a prescindere da ogni valutazione sul merito, è la sentenza n. 86 del 2004: ivi la Corte in via interpretativa ha esteso alle imprese straniere il regime previsto dalla normativa italiana, operando quindi un superamento della discrasia, e dunque della lamentata discriminazione, non estendendo la disciplina europea alle situazioni di rilievo puramente interno, ma viceversa estendendo – in una situazione in cui lo si poteva fare, evidentemente – l'applicazione della disciplina interna anche alle imprese "europee" (sulla base di argomenti abbastanza sofisticati sui quali si deve qui sorvolare): il tutto, a quanto risulta, senza violare alcun vincolo comunitario.

Si tratta di un'ulteriore conferma del fatto che, sebbene quando si parla di discriminazioni a rovescio e giurisprudenza costituzionale si tenda di norma a fare riferimento soltanto alla sentenza n. 443 del 1997 sulla produzione di pasta e all'approccio ivi seguito, in realtà i casi e gli approcci sono molto più numerosi e diversificati, e in molte occasioni la soluzione accolta è stata diversa rispetto a quella consistente nella meccanica, e non di rado problematica, estensione generalizzata della disciplina europea (o… del regime derivante dall'applicazione delle norme europee, segnatamente quelle relative al mutuo riconoscimento e alla libera circolazione, pur in assenza, talora, di regole e vincoli sostanziali adeguati: vincoli magari affidati, in linea teorica, a quelle stesse discipline nazionali che poi però, proprio per effetto di quell'approccio un po' semplicistico che si è qui posto in discussione, verrebbero ad essere contraddittoriamente messe "fuori gioco" e vanificate).

Su questa linea di diversificazione delle possibili soluzioni si collocano la sentenza n. 390 del 2006 e l'ordinanza n. 156 del 2018, entrambe relative a situazioni – riguardanti, rispettivamente, il regime delle incompatibilità connesse all'esercizio della professione di avvocato e i requisiti per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori – nelle quali, come in altri casi, il problema è stato affrontato e risolto

estendendo (…potendolo fare, qui da parte del legislatore) l'ambito di applicazione *della normativa interna*.

Volendo infine citare due sentenze non della Corte costituzionale ma delle supreme magistrature comuni, degne di nota sono senz'altro la decisione della Corte di Cassazione Sez. Un. Civ., n. 24823 del 2015 – relativa alla questione del diritto al contraddittorio "preventivo" in materia tributaria, ove si afferma la superabilità solo per via legislativa della "duplicità di regime giuridico", sotto il profilo delle tutele, tra tributi oggetto di armonizzazione e tributi non armonizzati – e la sentenza del Consiglio di Stato Sez. VI, n. 21 del 2014, sui titoli e requisiti necessari per poter effettuare alcuni interventi su immobili di interesse culturale, e sulla relativa lamentata (ma anche qui non riconosciuta, come subito si dirà) discriminazione in danno degli ingegneri civili italiani. In entrambi casi, la sussistenza di una discriminazione a rovescio è stata negata (o, per così dire, nemmeno presa in considerazione), respingendosi dunque, ancora una volta, i tentativi (più o meno forzati e interessati, verrebbe da sospettare) di estendere a situazioni puramente interne il più favorevole – o… *per alcuni* più favorevole: e il punto, pur se evidenziato nuovamente di sfuggita, è chiaramente cruciale nell'economia del discorso – regime derivante dalla disciplina europea.

5. …e i limiti degli interventi legislativi in materia

Alla luce di tutto ciò, appaiono per più versi discutibili alcuni interventi legislativi di carattere generale che hanno "preso di petto" il problema delle discriminazioni a rovescio, cercando di risolverlo in maniera in verità molto parziale, a sua volta problematica e nel complesso inadeguata[34].

Vengono in rilievo, in particolare, tre leggi con le quali si è tentato di affrontare la questione "una volta per tutte", affermando – dapprima nell'ambito di deleghe legislative rivolte, secondo lo schema consueto, al periodico adattamento e allineamento del diritto interno ai vincoli europei, ma poi anche con interventi ancor più apertamente "di sistema" – il principio per cui il legislatore (delegato… e non solo: sul punto, delicato, si tornerà oltre) avrebbe dovuto garantire una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione.

[34] Si sorvolerà invece su altri interventi legislativi di carattere più puntuale in cui – con riferimento a situazioni specifiche (per esempio quelle, relative all'avvocatura, sullo sfondo delle sentenze della Corte costituzionale prima citate) – si è risolto il problema estendendo alle situazioni interne la disciplina europea, o… viceversa: cioè estendendo, potendolo fare (la precisazione va ribadita), alle situazioni di rilevo comunitario la disciplina interna (ferma restando poi la possibilità di soluzioni ulteriori e più sofisticate senz'altro immaginabili e adottabili tanto da parte del legislatore quanto forse, almeno a certe condizioni e in certi modi, da parte del giudice costituzionale).

Tale principio è stato affermato in diversi modi, ispirati a una logica di fondo simile ma con alcune differenze significative, che sembra utile esaminare e – sia pure un po' di volata e soffermandosi solo su qualche aspetto che si ritiene di maggior importanza – commentare.

La prima disposizione introdotta è contenuta nell'art. 2 (Principi e criteri direttivi generali della delega legislativa) della l. 18 aprile 2005, n. 62 (*Disposizione per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*), ove si prevede tra l'altro che «i decreti legislativi assicurano che sia garantita una effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, *facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri*» – previsione quest'ultima chiaramente un po' eccentrica, facendo riferimento a un obiettivo che non si vede come potrebbe essere raggiunto dal legislatore di un unico Stato; e ciò può contribuire a spiegare la circostanza che essa non è stata riproposta negli interventi più recenti – «ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie e danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, *con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali*, una disciplina più restrittiva» (…*per loro!* E quindi in via di principio, deve presumersi, *più garantista* per gli acquirenti dei prodotti, i consumatori, i clienti dei professionisti, i fruitori dei servizi nel caso di fornitori di servizi…) «di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri»[35].

In seguito, sul tema è intervenuta la l. 7 luglio 2009, n. 88 (*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008*), il cui art. 6 – intitolato *Modifiche alla legge 4 febbraio 2005, n. 11* (*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*) – ha:

a) da un lato, previsto una sorta di "criterio guida" disponendo che «[a]lla legge 4 febbraio 2005 n. 11 sono apportate le seguenti modificazioni: […] d) dopo l'articolo 14 è inserito il seguente Art. 14-bis.- (Parità di trattamento) – 1. Le norme italiane di recepimento e di attuazione di norme e principi della Comunità europea e dell'Unione europea assicurano la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto degli altri Stati membri dell'Unione europea *residenti o stabiliti nel territorio nazionale*» (con tale precisazione andandosi a circoscrivere l'esigenza di equiparazione) «e non possono in ogni caso comportare un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani» (si noti come si continui a fare perno sul requisito della nazionalità, e non del ricadere o meno la situazione nell'ambito dell'applicazione del diritto dell'Unione: e in effetti, trattandosi di discriminazione a rovescio, appare chiaro come ciò che interessa al

[35] Si puntava dunque, in sostanza, a precludere la possibilità di introdurre, o semplicemente mantenere, una disciplina più restrittiva (di quella o meglio di *quelle* previste da altri Paesi ed applicabili agli operatori soggetti all'applicazione di queste ultime) per gli operatori interni, e ciò *al di quanto richiesto dall'ordinamento comunitario per le finalità del medesimo.*

legislatore primariamente sia la posizione dei cittadini italiani, non tanto quella del cittadino di un altro Stato membro cui fosse ipoteticamente preclusa la possibilità di invocare le tutele europee; problema, quest'ultimo, che sarebbe semmai, altrettanto chiaramente, di maggior interesse per lo Stato d'appartenenza di quel cittadino, se non per le istituzioni comunitarie);

b) dall'altro lato, con ulteriore e ancor più significativa innovazione, aggiunto al comma successivo la previsione per cui «[n]ei confronti dei cittadini italiani *non trovano applicazione* [*sic*: sul punto si tornerà poco più avanti] *norme dell'ordinamento giuridico italiano* o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento dei cittadini comunitari residenti o stabiliti nel territorio nazionale»[36].

Infine, questa disciplina è stata sostanzialmente ripresa – con qualche ritocco (forse deleterio) – nella l. 24 dicembre 2012, n. 234 (*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*), ove:

a) all'art. 32, nuovamente (come nella disciplina introdotta da principio), si pone tra i "principi e criteri direttivi generali di delega per l'attuazione del diritto dell'Unione" ai quali i decreti legislativi di cui al precedente art. 31 dovranno informarsi («[s]alvi gli specifici principi e criteri direttivi stabiliti dalla legge di delegazione europea e in aggiunta a quelli contenuti nelle direttive da attuare») l'obbligo di «assicura[re] la parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto *ai cittadini degli altri Stati membri dell'Unione*», cadendo dunque quel riferimento – presente nella disciplina immediatamente precedente – al presupposto che questi ultimi siano *residenti* o *stabiliti* nel territorio italiano: requisito evidentemente da ricollegarsi al (*prima facie* ragionevolissimo) intento di puntare, ai fini del confronto e della conseguente equiparazione (imposta *ope legis*), su *fattispecie maggiormente omogenee e dunque più correttamente assimilabili* a quelle "interne";

b) si ripropone, nel medesimo articolo e a completamento della disposizione appena citata, il divieto generale secondo cui «non può essere previsto in ogni caso un trattamento sfavorevole dei cittadini italiani»;

c) all'art. 53, si prevede, sulla scia della previsione introdotta nel 2009, che «[n]ei confronti dei cittadini italiani *non trovano applicazione norme dell'ordinamento giuridico italiano* o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europea» (ovvero, deve ritenersi, ai cittadini *di altri Paesi* dell'"Unione europea").

Proprio quest'ultima singolare previsione sembra meritare alcune considerazioni aggiuntive, non potendocisi esimere dall'interrogarsi su quali possano essere i suoi effetti concreti, alla luce in particolare della circostanza che essa è collocata all'interno di una legge ordinaria.

---

[36] A proposito di tale norma, può osservarsi una coincidenza temporale, forse non del tutto casuale, consistente nell'essere stata essa introdotta nello stesso anno in cui, entrando in vigore il Trattato di Lisbona, avrebbe acquistato valore giuridico analogo a quello dei Trattati la Carta dei diritti.

Si ritiene che (almeno) due effetti concreti possano essere i seguenti: i) quello di porre, almeno nei confronti *delle norme di grado sub-legislativo* e di ogni *provvedimento e prassi della pubblica amministrazione*, un *vincolo d'indirizzo* nonché un *obbligo di "interpretazione conforme"* (alla previsione in questione) ad opera dei giudici, introducendo una sorta di *presunzione* quantomeno relativa *di parificazione di trattamento*, a favore del "regime comunitario", nei casi in cui si potrebbe altrimenti produrre una discriminazione a rovescio; ii) quello di porsi come utile argomento cui i giudici potrebbero fare riferimento laddove si volessero rivolgere alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE nel solco di quel filone giurisprudenziale, prima richiamato, che riconosce rilievo (a livello europeo), almeno dal punto di vista processuale, alle possibili discriminazioni a rovescio (tali a livello interno): facendo riferimento a questa previsione legislativa, in effetti, il giudice nazionale ben potrebbe sostenere innanzi alla Corte di Giustizia la necessità di una sua pronuncia pregiudiziale (proprio in ragione, si vuol dire, dell'esistenza nell'ordinamento italiano di una legge che gli impone, qualora la discriminazione a rovescio vi sia, di trarne delle conseguenze importanti).

Si deve poi ragionare sulla possibilità che la disposizione legislativa in questione determini *l'abrogazione implicita* di *norme di legge ad essa precedenti*: norme che, in quanto (con)causa di discriminazioni a rovescio, si dovrebbero in quest'ordine di idee ritenere *non applicabili* in quanto, per l'appunto, implicitamente abrogate. Senza escludere in astratto tale possibilità, si può tuttavia al riguardo osservare come – in considerazione del ruolo svolto dal criterio di specialità (e, potrebbe aggiungersi, in considerazione di altre esigenze di rilievo costituzionale) – difficilmente si potrebbe arrivare a ritenere abrogate, sulla base di una norma generale come questa, tutte quelle norme legislative relative, per esempio, ai requisiti necessari per poter svolgere (con adeguate garanzie per tutti i soggetti e gli interessi coinvolti) certe professioni fondamentali nel nostro ordinamento.

Appena il caso di aggiungere, infine, come il ricorso alla norma di cui sopra – che testualmente impone, lo si ricorda, la *non applicazione* di «*norme dell'ordinamento giuridico italiano* o prassi interne che producano effetti discriminatori rispetto alla condizione e al trattamento garantiti nell'ordinamento italiano ai cittadini dell'Unione europe» – trovi ostacoli pressoché insuperabili nel caso di *leggi successive*. E ciò per la semplice ed evidente ragione che, come ben noto, il legislatore ordinario non può porre vincoli giuridicamente rilevanti all'attività futura dello stesso legislatore ordinario, né men che meno attribuire ai giudici un potere, sostanzialmente, di "sindacato diffuso" su norme con forza di legge[37].

[37] Rispetto a tale considerazione risulta coerente la circostanza che l'unica pur importantissima eccezione, ovvero il potere-dovere di non applicazione delle norme interne in contrasto con norme comunitarie *self-executing*, è stata ritenuta ammissibile, a seguito oltretutto di un lungo e travagliato percorso, solamente in virtù del collegamento istituito tra *le leggi di esecuzione dei trattati* e *l'art. 11* della Costituzione.

Non è dunque un caso che, pur in vigenza della disposizione in discorso, diverse questioni relative a presunte discriminazioni a rovescio siano emerse negli anni successivi: alcune, come si è visto, venendo affrontate dalla Corte costituzionale, altre dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato.

6. Considerazioni di sintesi sul problema e sui giusti modi di affrontarlo, in particolare con riguardo alla tutela, e al necessario contemperamento, dei diritti fondamentali (di varia matrice)

Quanto si è finora detto conferma, tirando le fila, il fatto che è illusorio (e, a monte, errato) pensare di poter risolvere il problema delle discriminazioni a rovescio una volta per tutte affermando, al limite addirittura per via legislativa, una rigida regola per cui la soluzione sarebbe sempre e comunque l'estensione alle fattispecie interne della normativa europea.

È vero invece – come si è visto – che ci sono situazioni in cui la soluzione più corretta potrebbe non essere questa bensì un'altra[38], da ricercarsi non necessariamente nell'ordinamento nazionale, nelle diverse forme che si sono pur rapidamente illustrate, ma a volte nell'ordinamento europeo (attraverso il sindacato sulla validità delle direttive e in genere degli atti di diritto derivato, oltre che attraverso non meno importanti attività interpretative, nonché, all'occorrenza, giungendo a mutamenti di approccio a livello normativo).

Semplicistico, contraddittorio e rischioso è invece pretendere che la soluzione doverosa o comunque più adeguata sia sempre e comunque quella del livellamento (verso l'alto o verso il basso è difficile dirlo, il giudizio spesso dipendendo dai punti di vista dei diversi soggetti coinvolti e dalle diverse esigenze, aspettative, beni ed interessi presi a parametro di valutazione)… a favore della disciplina europea; o, meglio, del regime (talora consistente in una… *assenza* di disciplina) applicabile a certe situazioni sulla base di norme europee[39].

---

[38] In particolare – ma si tratta evidentemente di una considerazione dalla portata molto ampia e dalle implicazioni molto forti – sembra necessario sottolineare come il principio del mutuo riconoscimento in linea di principio *presupponga*, al fine del buon funzionamento dello stesso sistema europeo, che *vi siano* delle *discipline interne applicabili* (tendenzialmente, quelle del "paese d'origine"), sicché l'abbattimento di queste discipline interne (perché meno favorevoli di altre) risulterebbe "insensato" (e pericoloso) addirittura dal punto di vista europeo.

[39] Occorre tra l'altro tenere a mente che, di norma, nell'ordinamento interno, un presupposto della possibilità di estendere una determinata disciplina a una fattispecie ritenuta omogenea da parte della Corte Costituzione è la possibilità che tale Corte all'occorrenza *faccia il contrario* (cioè estenda, in presenza di ragioni che inducano a procedere tal modo, la disciplina prevista per questa seconda fattispecie alla prima): infatti, davanti a due norme che prevedono discipline diverse per situazioni di fatto simili, la Corte ha sempre (…ove entrambe le norme appartengono all'ordinamento interno: è questo il punto, cruciale, su cui si tornerà poco oltre) la possibilità di decidere *in quale verso ristabilire l'uguaglianza*, estendendo la disciplina prevista dalla prima norma alle omologhe situazioni diversamente disciplinate dalla seconda norma *o viceversa*. Ciò segnatamente in quanto la Corte Costituzione può

La potenziale inidoneità di un approccio unilaterale di tal sorta risulta evidente anche con riferimento a quel particolare tipo di discriminazione a rovescio derivante dalla mancata applicazione della Carta dei diritti fondamentali in conseguenza dell'autolimitazione operativa di cui all'art. 51 della medesima.

Ciò in quanto anche l'estensione della portata o pur solo dell'ambito applicativo di un diritto fondamentale – questa sarebbe infatti la "posta in gioco" ove a venire in rilievo fosse la Carta – può comportare in molti casi, come soprattutto negli ultimi anni si è spesso evidenziato in dottrina[40] e non di rado in giurisprudenza[41], una *minor tutela di un altro diritto o principio fondamentale* (o comunque

---

sempre sollevare innanzi a sé stessa, attraverso una "autorimessione", una questione di legittimità sul *tertium comparationis*, cioè sulla norma in raffronto alla quale si lamenta l'arbitraria o comunque irragionevole differenza di trattamento da parte della norma impugnata; la Corte potrebbe cioè alla bisogna chiedersi, per così dire, se non sia proprio nella norma invocata come termine di raffronto l'origine del problema, che potrebbe al limite finire per essere risolto… attraverso una equiparazione in direzione inversa rispetto a quella richiesta dal giudice *a quo*.

Nel caso in cui il *tertium comparationis* sia invece una norma europea – ecco il punto – questa possibilità la Corte costituzionale in linea di principio non ce l'ha, perché non può certo il giudice delle leggi italiano (che è per definizione giudice… delle leggi italiane) dichiarare l'incostituzionalità di una norma europea o estendere d'ufficio, almeno nei casi in cui l'ordinamento europeo non lo consenta, la disciplina interna alle fattispecie di rilevo europeo (fermo restando che *in alcuni altri casi*, come si è visto, anche questo potrebbe accadere). Ed è chiaro che di questo elemento di asimmetria, di questa sorta di zoppia decisoria che costringe la Corte costituzionale a un giudizio in qualche modo "monco", non può non tenersi conto nel riflettere sul modo – o, meglio, secondo quanto si è visto, sui *modi* – di affrontare questione complesse e delicate quali sono le (vere o presunte) discriminazioni a rovescio.

[40] Cfr. in particolare le sempre stimolanti riflessioni svolte in più occasioni da R. Bin (di cui v. almeno *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 e, in termini molto netti, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018), nonché, volendo, con specifico riguardo proprio ai problemi interpretativi e applicativi connessi alla prospettiva dell'attribuzione di pieno valore giuridico alla Carta dei diritti e alle sue "clausole orizzontali", i nostri *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte: le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. e *Tra fonti e Corti* cit.

[41] Esemplare in questo senso, anche per l'intreccio di fonti nazionali ed europee evocate, è tra le tante la sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019 (in proposito cfr. volendo V. Sciarabba, *Cose da non trascurare nella ridefinizione del regime operativo del diritto, e dei diritti, di matrice europea*, cit., spec. par. 4, 5 e 8, e, per ulteriori approfondimenti su questo e su altri profili di interesse della decisione, I.A. Nicotra, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 7; V. Fanti, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, *ibidem*; A. Ruggeri, La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019), in *Consulta OnLine*, 2019, n. 1; O. Pollicino - G. Repetto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 434 ss.; S. Leone, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 3; S. Catalano, *Doppia pregiudizialità una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 10; R. Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 2019, 4 marzo 2019; G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *Questione Giustizia*, 2019, 4 marzo 2019.

di altri beni e interessi di rilievo costituzionale): il che porta in un certo senso a "drammatizzare" o comunque riproporre quel rilievo che si era svolto in precedenza, ove si era sottolineata la necessità di adottare, in riferimento a ogni lamentata discriminazione a rovescio, tutti i possibili "punti di vista".

A tale necessità – può ora aggiungersi – si ricollega concretamente il bisogno di individuare e seguire degli schemi operativi in grado di consentire l'emersione, e l'attribuzione del giusto rilievo, a tali "punti di vista". E, proprio in quest'ordine di idee, risulta in particolare preziosissima la possibilità, che è venuta a crearsi e rafforzarsi negli ultimi lustri, di una interlocuzione diretta tra Corte costituzionale e Corte di giustizia[42], potendo su questo specifico terreno, e in generale con riferimento al problema trattato in queste pagine, giocare un ruolo molto importante proprio quello "schema procedurale" – una sorta di "triangolazione" tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia – prefigurato dalla sentenza n. 269 del 2017 e "messo a punto" nelle successive decisioni che di tale (invero tutt'altro che "fisso", e anzi alquanto eclettico e variabile) schema hanno progressivamente precisato i (possibili) tratti[43].

La circostanza in questione, come noto, è stata più volte evocata anche con riguardo all'applicazione della CEDU, nell'ambito peraltro di un approccio tendenzialmente ottimista quanto alla possibilità di poter addivenire, anche in situazioni complesse in cui diversi diritti si pongano tra loro in contrasto o più genericamente in concorrenza (ad esempio a causa della limitatezza delle risorse disponibili e necessarie per la loro tutela e/o il loro soddisfacimento), a un assetto "ottimale" (individuabile e raggiungibile in sede giurisdizionale e segnatamente in sede di controllo di costituzionalità delle leggi), riferendosi al quale sia possibile predicare l'avvenuta *massimizzazione* (o "massima espansione") di *tutti* i diritti coinvolti. Sul punto sia consentito rinviare al nostro *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit., spec. p. 225 ss., nonché, con riguardo ad alcuni profili più specifici, al saggio *L'"interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in D. Galliani - E. Santoro (a cura di), *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, 2020, p. 719 ss., e in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2019.

[42] Al riguardo vale la pena evidenziare – senza che occorra spendere molte parole per argomentare sul punto (alla luce tra l'altro di alcune note vicende degli ultimi anni, a partire dal "caso Taricco", che di per sé corroborano quanto si sta andando a dire) – come un rinvio pregiudiziale effettuato *da una Corte costituzionale* e congruamente motivato potrebbe risultare assai incisivo allo scopo di superare, almeno in parte, quell' "agnosticismo" della Corte di giustizia di cui si è detto, spingendo quest'ultima a porsi ed affrontare, da un punto di vista europeo e su un piano sostanziale, alcuni di quei problemi di coerenza e tenuta del sistema complessivo che, in passato, il giudice di Lussemburgo ha ritenuto non rilevanti o comunque "eludibili" (così "scaricando" sul solo livello nazionale la soluzione di problemi che però almeno in molti casi, per le ragioni anzidette, a livello nazionale non potevano e non possono essere risolti *adeguatamente*).

[43] Dalle decisioni n. 20, 63, 112 e 117 del 2019 fino alle più recenti pronunce n. 181 e 210 del 2024 e n. 1, 7, 21, 24 e 31 del 2025.

7. Le ricadute di tutto il discorso sulle differenti forme di "utilizzo" dei diritti e in genere delle norme europee nelle diverse situazioni e i rispettivi (variabili) ruoli dei giudici comuni, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia

Sullo sfondo delle considerazioni fin qui svolte sulla problematica delle discriminazioni a rovescio, nonché, più in generale, dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali (e degli altri diritti di matrice europea), sembra allora possibile svolgere qualche considerazione a proposito dei rispettivi ruoli del giudice comune, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia, in ciò agevolati da un paio di recenti decisioni – in specie le sentt. n. 1 e 35 della Corte costituzionale (cui può ricollegarsi la sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2024, C-112/22 e C-223/22, come si vedrà) – che hanno in parte concretizzato alcuni scenari che sarebbero altrimenti stati individuati e illustrati solo in via e in forma di riflessione astratta.

Ciò che si vuol evidenziare, cercando di semplificare il discorso, sono le ricadute sullo specifico terreno delle discriminazioni a rovescio, e più in generale del trattamento delle "fattispecie puramente interne", di alcune in sé ben note differenze strutturali tra le tecniche (e gli effetti delle tecniche) utilizzate per risolvere le antinomie tra norme interne e norme europee da parte dei giudici comuni e della stessa Corte di giustizia e le tecniche (e gli effetti delle tecniche) utilizzate dalla Corte costituzionale ai medesimi fini.

Risulta infatti che, mentre nei primi due casi (sotto questo aspetto pienamente accomunabili, senza che assumano qui rilievo le ovvie differenze tra il giudice comune e la Corte di giustizia in termini di ruolo, di poteri decisori e, per così dire, di "impatto giurisprudenziale"), la ritenuta (dal giudice comune) o accertata (dalla Corte di giustizia) *incompatibilità tra la disciplina europea e la disciplina interna* non ha, né mai potrebbe avere (almeno in quanto tale e in modo diretto), l'effetto di *impedire l'applicazione della normativa nazionale nel contesto delle fattispecie puramente interne* (con tutto ciò che nel bene o nel male, secondo quanto si è cercato di illustrare in precedenza, da ciò può discendere), nel terzo caso l'intervento della Corte costituzionale – andando a risolvere l'antinomia attraverso la *caducazione della normativa interna* (in ragione del contrasto di questa col "parametro europeo", riscontrabile e in ipotesi riscontrato, come doveroso, a partire da una vicenda rientrante nell'ambito di applicazione di quest'ultimo, ma poi *tale da produrre effetti anche al di fuori di esso* proprio in ragione delle caratteristiche e degli effetti "strutturali" della tecnica risolutiva utilizzata) – *precluderebbe in radice e "a tutto campo" l'applicazione di tale disciplina*[44].

Questa considerazione impone una riflessione, che può così sintetizzarsi.

[44] «Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», dispone notoriamente e semplicemente l'art. 30, co. 3, della l. n. 87 del 1953…

Vi sono casi in cui la caducazione della norma "anticomunitaria" da parte della Corte costituzionale, con conseguente sua "inapplicabilità assoluta" rappresenta certamente un ottimo sistema *per prevenire una discriminazione a rovescio intollerabile*: discriminazione che si determinerebbe invece ove la norma – venendo semplicemente disapplicata, pur eventualmente sulla base di un'indicazione generale della Corte di giustizia, dai giudici comuni nelle (sole) situazioni rientranti nell'ambito di applicazione del diritto eurounitario (le uniche in cui l'antinomia con norme di quest'ultimo può, in un simile contesto, venire in rilievo e produrre le sue conseguenze) – continuasse ad essere vigente e, pertanto (almeno in linea di principio), a trovare applicazione nelle fattispecie puramente interne[45] [46].

Esattamente a questo primo tipo di situazioni si possono ricondurre la sentt. nn. 1 e 31 del 2025, sui cui nodi giuridici e sulle cui significative implicazioni proprio sul terreno del regime riservato alle situazioni non ricadenti nell'ambito di applicazione della normativa europea (…e di una precedente sentenza della Corte di giustizia) si deve qui per brevità sorvolare, ma nelle quali, non a caso (proprio in ragione di tali implicazioni), la Corte si è spinta a svolgere esplicitamente alcune osservazioni che vale la pena citare: «una pronuncia di incostituzionalità, nel caducare un requisito che ha valenza generale, consente di porre rimedio alle incongruenze di una disciplina che per tutti, cittadini e stranieri, prescrive il requisito della residenza decennale. Si scongiura così il rischio delle "discriminazioni a rovescio", che una disapplicazione, circoscritta ai soggiornanti di lungo periodo tutelati dalla direttiva 2003/109/CE, non mancherebbe di generare a danno degli altri beneficiari delle provvidenze» (sent. n. 1 del 2025, p.to 3.5); «in questi termini [vale a dire attraverso l'intervento della Corte, in questo secondo caso non puramente ablativo ma sostitutivo, comunque ugualmente destinato a operare "a tutto campo"], si ricompone armonicamente anche il rapporto con la sentenza della Corte di giustizia 29 luglio 2024, nelle cause riunite C-112/22, C. U. e C-223/22, N.D., dal momento che, *in riferimento a qualsiasi cittadino, sia italiano, sia degli altri Stati membri, sia di*

[45] Salva s'intende la possibilità che tale applicazione venga *in altri modi* impedita, *in primis* attraverso una tempestiva rimozione della disciplina problematica da parte del legislatore oppure mediante il corretto utilizzo degli ordinari poteri *interpretativi* dei giudici (non potendo invece normalmente risultare d'aiuto, per le ragioni prima illustrate, le più drastiche soluzioni previste in via generale nelle disposizioni legislative prima ricordate).

[46] Il coinvolgimento della Corte costituzionale potrebbe altresì risultare particolarmente prezioso, alla stregua di quanto si era prima osservato, laddove vi fosse spazio per tentare di affrontare e risolvere *diversamente* il problema di fondo *a livello europeo*, provando cioè a interpellare la Corte di giustizia (cosa che, qui come in altri casi, proprio la Corte costituzionale potrebbe fare con speciale autorità e competenza – e dunque efficacia – in ragione del proprio ruolo istituzionale e della propria composizione) allo scopo di mettere in discussione la *validità*, o anche solo l'*interpretazione* (a quest'ultimo aspetto dovendocisi in ogni caso limitare ove si tratti di norme di diritto primario, dunque ove vengano in rilievo norme della Carta o dei Trattati, o principi generali ex art. 6 par. 3 TUE), della *normativa europea* la cui *esistenza*, i cui *contenuti* e il cui *ambito di applicazione* si presenterebbero in ipotesi quale (principale) causa della situazione discriminatoria.

Paesi terzi, viene *espunto con efficacia erga omnes* dall'ordinamento nazionale il requisito della residenza decennale [sostituendolo con un termine di cinque anni, ritenuto per varie ragioni legate al contesto normativo e giurisprudenziale congruo e introducibile da parte della Corte, anche «nell'ottica di allontanarsi il meno possibile dal bilanciamento che, nella sua discrezionalità, è stato operato dal legislatore»], ritenuto, da tale sentenza, contrastante, *in riferimento però ai soli cittadini di Paesi terzi*, con l'ordinamento dell'Unione europea. Si evita così, oltretutto, l'insorgere di una *discriminazione alla rovescia* altrimenti effettivamente prospettabile, come giustamente rilevato dalla difesa delle parti private, *in relazione ai cittadini dell'Unione europea, che rimanevano ancora soggetti al termine decennale*» (sent. n. 31 del 2025, p.to 8.4)[47].

Oltre ai casi di questo tipo, però, vi sono – come si è avuto modo di illustrare in precedenza – casi diversi nei quali la caducazione (o modifica) "a tutto campo", ad opera della Corte costituzionale, di una disciplina interna incompatibile con l'applicazione (…nell'ambito che gli è proprio) di norme eurounitarie potrebbe risultare inopportuna e non doverosa: in casi particolari addirittura in contrasto con vincoli ed esigenze di rilievo costituzionale; in altri e verosimilmente più frequenti casi, in contrasto con legittime scelte del legislatore, magari non costituzionalmente *necessitate*, e tuttavia funzionali al perseguimento di obiettivi (di maggior tutela dei consumatori, dei lavoratori, dei beni culturali, dell'ambiente, dei clienti di avvocati e altri professionisti, dei pazienti dei medici…) costituzionalmente (…e non solo costituzionalmente) *apprezzabili*; e che pertanto risulterebbe poco congruo sacrificare all'altare della massima omogeneità di disciplina (attraverso una *opzione* da questi punti di vista "al ribasso") laddove ciò non risulti inevitabile.

In questi altri casi, al pari che in quelli precedentemente richiamati e però in modo esattamente "speculare", sembra possibile ricavare – proprio in considerazione della differenza di situazione (e, in certa misura, delle soluzioni "di merito" che si ritenesse doveroso cercare di raggiungere sulla base del quadro legislativo, costituzionale e sovranazionale) – un'indicazione operativa piuttosto chiara: nel senso, stavolta, di *evitare* di sollecitare il giudice costituzionale ad adottare una decisione caducatoria che, proprio in ragione degli effetti tipici strutturalmente

[47] Sembra utile precisare che in tale decisione la Corte ha esaminato e accolto le questioni sollevate esclusivamente con riguardo al parametro costituzionale "interno" rappresentato dall'art. 3, ritenendo invece inammissibili le questioni sollevate, «per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 34 CDFUE e 7, paragrafo 2, del regolamento n. 2011/492/UE» e «assorbite le questioni sollevate in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 21 CDFUE e 24, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE, e ogni altra questione».

Quanto, in particolare, alla questione sollevata in riferimento all'art. 34 della Carta, la Corte censura il fatto che il rimettente si fosse limitato a menzionare la disposizione in questione, affermandone la violazione, «ma senza fornire alcun argomento diretto, in particolare, a illustrare "il presupposto di applicabilità della CDFUE, cioè la circostanza che le norme sul reddito di cittadinanza rappresentino 'attuazione del diritto dell'Unione' ai sensi del suo art. 51", con conseguente inammissibilità della relativa questione per insufficiente motivazione sulla non manifesta infondatezza (sentenza n. 19 del 2022)».

ricollegati (dalla legge) all'intervento di tale giudice, travolgerebbe inevitabilmente (…salvo al limite quanto si andrà a proporre in via innovativa tra poche righe, nel prossimo paragrafo) la disposizione anticomunitaria e perciò incostituzionale, così finendo per eliminare ogni residua ipotesi di applicazione di una disciplina che, a livello teorico, ben avrebbe potuto sopravvivere ed essere (in ipotesi opportunamente) fatta valere almeno con riferimento alle fattispecie non ricadenti nell'ambito applicativo del diritto europeo.

La soluzione migliore, in situazioni di questo genere, sembrerebbe dunque essere, *in linea di principio* (v. subito oltre), quella della "mera" *disapplicazione* della normativa interna – nei soli casi rientranti nell'ambito applicativo dei vincoli europei con essa incompatibili – da parte del giudice comune; possibilmente, ove vi sia un pur minimo margine di dubbio sulla effettiva necessità di tale disapplicazione, a seguito di un'interlocuzione (in questo caso necessariamente diretta) con la Corte di giustizia allo scopo di illustrare e tentare di far valere a livello europeo le buone ragioni alla base della disciplina nazionale che verrebbe accantonata.

8. Una proposta innovativa: l'eventuale (auto)delimitazione della portata delle decisioni di incostituzionalità per (esclusivo) contrasto con parametri europei ai soli ambiti rientranti nel campo di applicazione di questi ultimi (ove opportuno)

In (probabilmente preferibile) alternativa, si potrebbe immaginare – anche allo scopo di creare le condizioni perché una simile interlocuzione con la Corte di giustizia possa all'occorrenza avvenire nel modo migliore ad opera della Corte costituzionale, e più in generale per cercare di "ottimizzare" il sistema complessivo attraverso un perfezionamento[48] dei singoli elementi che lo compongono – di superare l'idea, finora discutibilmente data sempre per scontata (ma in effetti poco coerente con una serie di consolidate premesse teoriche e in certi casi, come si sta qui tentando di mostrare, potenzialmente foriera di risultati pratici tutt'altro che positivi), che, in caso di contrasto (esclusivo, s'intende, altrimenti il ragionamento cadrebbe) con vincoli comunitari *"non operanti a tutto campo"* in ragione delle limitazioni o autolimitazioni del relativo ambito di applicazione[49], il giudizio di legittimità costituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 e dell'art. 117, co. 1, debba

[48] Per tale intendendosi il conferimento ad essi di una maggior duttilità operativa, strettamente finalizzata ad aumentarne la capacità di far fronte adeguatamente e contestualmente, in funzione della oggettiva e riscontrabile diversità di situazioni, alle numerose e talora concorrenti o addirittura contrapposte esigenze di un ordinamento (o… insieme di ordinamenti) così complesso.

[49] …e particolarmente dove tali vincoli siano ricollegabili a norme europee non espressive di diritti e principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, o comunque non dotate di presumibile stabilità di contenuti nel tempo: circa questo specifico profilo si rinvia a quanto si è avuto modo di osservare più ampiamente in V. Sciarabba, *Cose da non trascurare nella ridefinizione del regime operativo del diritto, e dei diritti, di matrice europea*, cit. (spec. par. 6).

necessariamente sfociare, come in ogni altra situazione, nel "pieno" *annullamento della disposizione in quanto tale* (sostanzialmente in conseguenza di un "vizio" che un tempo, come è ben noto, in questi casi veniva addirittura negato in linea generale, e che oggi risulta invece implicitamente riconosciuto sussistente… anche al di là dei confini entro cui l'antinomia con la normativa eurounitaria fisiologicamente si manifesta e assume rilievo), il tutto senza alcuna possibilità di delimitazione dell'ambito di riferimento, e conseguentemente del perimetro di efficacia, della dichiarazione di incostituzionalità (…in temini più coerenti con le ragioni che ne stanno alla base).

Certo, nella maggior parte dei casi (e le sentt. n. 1 e n. 31 lo testimoniano), potrà ben considerarsi opportuna e per così dire "provvidenziale" – assumendo i tratti di una sorta di scorciatoia operativa per risolvere immediatamente, anzi per evitare che insorgano, problemi che altrimenti si presenterebbero a stretto giro e bisognerebbe poi affrontare in altri modi e tempi – questa sorta di *sfasatura* tra i *presupposti* (l'incompatibilità della disposizione interna impugnata con norme europee non sempre applicabili: ossia, a ben vedere, l'incompatibilità con queste ultime non tanto della disposizione in sé, quanto della previsione della sua applicabilità anche alle fattispecie rientranti nell'ambito di operatività delle norme europee) e la *portata* della dichiarazione di incostituzionalità (consistente invece, *di default*, nell'eliminazione "totale" della disposizione "problematica": direttamente e immediatamente problematica, e contrastante per il tramite del parametro interposto con gli artt. 11 e 117, co. 1, con riferimento a certe fattispecie, quelle ricadenti nell'ambito applicativo della normativa europea; ma altresì destinata a diventare indirettamente problematica, sotto il profilo del rispetto del principio costituzionale di eguaglianza, anche negli altri casi, proprio a seguito della sua ipotetica neutralizzazione parziale, nel solo campo di applicazione dei vincoli comunitari).

Nondimeno, lo stesso modo di procedere potrebbe in altre situazioni (quelle, più volte richiamate, in cui una simile indiretta ma semi-automatica estensione della disciplina eurounitaria alla fattispecie interne non risulterebbe a conti fatti né doverosa né auspicabile) meritare di essere ripensato e come si diceva superato a favore di soluzioni più articolate, coerenti e funzionali: cosa possibile – si vuol sottolineare – senza alcuna necessità di interventi legislativi e facendo piuttosto perno su un utilizzo nemmeno particolarmente spericolato dei poteri di modulazione degli effetti delle proprie decisioni di cui la Corte costituzionale ha infinite volte, e in moltissimi modi, fatto uso (e giustamente rivendicato di poter fare uso).

Volendo, senza particolari sforzi di fantasia, spingersi appena oltre in questa sorta di proposta, si potrebbe ipotizzare per casi di questo genere l'adozione di formule decisorie tali da circoscrivere la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione contrastante con i vincoli europei alla parte in cui essa non limita il proprio ambito operativo alle situazioni o fattispecie "puramente interne", ossia non rientranti nel campo di applicazione della pertinente (e incompatibile) normativa europea: il tutto – per far sì che la dichiarazione di incostituzionalità possa assicurare, all'interno dell'ordinamento nazionale, un livello di certezza non inferiore e

possibilmente superiore a quello derivante da una decisione della Corte di giustizia – andando a precisare non soltanto, su un piano formale (e nel dispositivo), quest'ultimo aspetto, indicando con esattezza quali siano le norme europee dal cui ambito applicativo discenderà, in termini di alternatività/complementarità, il residuo ambito di operatività della disciplina nazionale oggetto di (almeno parziale) "salvataggio", ma anche (nella motivazione), nei limiti del possibile e alla luce appunto di una corretta ricostruzione del contenuto e del perimetro dei vincoli europei, quali siano su un piano sostanziale le situazioni concrete nelle quali la normativa interna potrà e dovrà senz'altro continuare a essere applicata.

Appena il caso di ribadire, a chiusura del discorso, che laddove, ai fini appena menzionati o addirittura, secondo quanto si era in precedenza osservato, allo scopo di mettere in discussione la validità o sollecitare un mutamento di interpretazione della normativa europea, apparisse utile porre delle questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia, la Corte costituzionale si troverebbe – in un quadro di questo genere – nella condizione di poterlo fare (nel modo probabilmente più adeguato ed efficace): e ciò proprio in quanto, in virtù degli "aggiustamenti" qui proposti, verrebbero meno le ragioni che potrebbero altrimenti, nelle situazioni in questione, indurre i giudici comuni a non coinvolgerla (alla stregua di quanto si diceva nel paragrafo precedente).

***

Abstract: The contribution delves into the issue of "reverse discrimination" with reference to the role, and case law, of the Court of Justice of the EU, the European Court of Human Rights, the Constitutional Court and other domestic courts, as well as with reference to some interventions of the Italian legislature on the issue. In the final paragraphs, some reflections are developed on the connection between this issue and the different ways of resolving inconsistencies between domestic and European rules (disapplication or annulment of the domestic rule), going so far as to suggest the use - in certain cases - of a new decisional technique of the Constitutional Court.

Keywords: Fundamental rights – field of application – purely internal cases – reverse discrimination – principle of equality

***

Vincenzo Sciarabba – Professore associato di diritto costituzionale, Università di Genova, Dipartimento di Giurisprudenza (vincenzo.sciarabba@unige.it)