



ALBERTO RANDAZZO\*

**IN TEMA DI VINCOLATIVITÀ, PER IL GIUDICE COMUNE,  
DELLE SENTENZE DELLA CORTE EDU  
ALLA LUCE DELLA SVOLTA RAPPRESENTATA DALLA SENTENZA N. 43 DEL 2018\*\***

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Sull’efficacia vincolante delle decisioni del giudice di Strasburgo. – 3. La prima fase della giurisprudenza costituzionale in materia di vincolatività delle pronunce della Corte EDU. – 4. Il nuovo corso inaugurato dalla sent. n. 49 del 2015. – 5. La deroga introdotta dalla sent. n. 43 del 2018: il caso. – 6. Notazioni critiche in merito alle novità apportate dalla pronuncia. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

### 1. *Cenni introduttivi*

Il tema che ci si prefigge di indagare è quello dell’efficacia vincolante in ambito interno della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani. Esso appare particolarmente meritevole di attenzione per due ordini di ragioni: per prima cosa, il rapporto tra l’ordinamento italiano e il “sistema CEDU” sembra ancora in cerca di un equilibrio stabile, all’interno del processo che si è avviato con le note sentenze “gemelle” nn. 348 e 349 del 2007<sup>1</sup> e che continua – a distanza di undici anni – ad essere attraversato da continui aggiustamenti e “smottamenti” che ne rendono “fluidi” il modello, mancante cioè di contorni ben definiti. Per altro verso, pare che si possa dire con sicurezza che la funzione giurisdizionale è in trasformazione, a motivo del rinnovato ruolo che i giudici svolgono in una società in continuo cambiamento<sup>2</sup>, nella quale emergono nuove esigenze e

\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche, Università degli Studi di Messina.

\*\* Lo scritto è destinato con modifiche agli Atti delle Giornate italo-spagnole-brasiliane su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto* (Messina, 10-11 settembre 2018).

<sup>1</sup> Riferimenti sulla amplissima letteratura a commento possono, se si vuole, vedersi in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, p. 111, nt. 90.

<sup>2</sup> Viene in mente R.A. LIVATINO, *Il ruolo del giudice nella società che cambia*, Conferenza tenuta il 7 aprile 1984 organizzata dal Rotary Club di Canicattì, ora in ID., *Non di pochi, ma di tanti. Riflessioni intorno alla Giustizia*, Caltanissetta-Roma, 2012, p. 19 ss.

dalla quale si levano nuove istanze di tutela<sup>3</sup>, alle quali tenta di dare risposte il costituzionalismo multilivello<sup>4</sup>, ma anche in un ordinamento che oggi deve affrontare la crisi dei rappresentanti e dei rappresentati<sup>5</sup> (e, a monte, della legge). Insomma, i rapporti tra Carte e tra Corti continuano ad essere in evoluzione (tali sono, specificamente, quelli tra Costituzione e CEDU e quindi tra giudice delle leggi e giudice della Convenzione) ed in costante evoluzione appare essere anche la giurisdizione che è in cerca di una più congrua collocazione all'interno del sistema. È allora su questi presupposti che ci si accinge a riflettere su un tema di attualità che appare rilevante per le ricadute che può avere sull'ordinamento (e quindi anche sul principio della separazione dei poteri) e, soprattutto, sulla tutela dei diritti fondamentali. Se così è, quindi, studiare l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte EDU consente – in definitiva – di interrogarci sulla effettiva tenuta della nostra Costituzione.

## 2. Sull'efficacia vincolante delle decisioni del giudice di Strasburgo

Se si discorre di “efficacia vincolante” delle sentenze pronunciate a Strasburgo è perché si dà per assodato che le decisioni della Corte EDU richiedano necessariamente di essere osservate, esprimendo appunto un vincolo che spiega la sua efficacia all'interno degli ordinamenti degli Stati firmatari della Convenzione europea, *in primis* nei confronti proprio dei giudici comuni. La vincolatività di “questa” giurisprudenza europea (discorso a parte è da farsi, ma non ora, in merito alle sentenze della Corte di giustizia) proviene (e discende) non solo da quanto più volte affermato dalle stesse sentenze del giudice di Strasburgo<sup>6</sup>, ma soprattutto dall'art. 46 della CEDU<sup>7</sup>, senza sottovalutare la famosa Raccomandazione

<sup>3</sup> In argomento, di recente, v. G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Torino, 2016, p. 1486 ss., 1502; D. GALLIANI, *Sul mestiere del giudice tra Costituzione e Convenzione*, in *Consulta OnLine*, I/2018, p. 138 ss.; e A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Consulta OnLine*, III/2018, p. 548 ss.; ID., *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2/2018. Da ultimo, v. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'età repubblicana*, Roma-Bari, 2018.

<sup>4</sup> L'espressione, come tutti sanno, è di I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, in *Comm. M. Law Rev.*, 1999, p. 703 ss., ID., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *WHI-Paper*, 5/2002. La letteratura è ormai sconfinata: tra gli altri, F. MAYER, *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System*, in *Jean Monnet Working Paper*, 9/2003 (in *jeanmonnetprogram.org*); ulteriori riferimenti nel mio *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 85, nt. 23. In estrema sintesi, il costituzionalismo multilivello rievoca «l'intrecciarsi [de]i cataloghi e dei diritti contenuti nella Costituzioni nazionali, la Convenzione europea, la Carta dei diritti dell'Unione europea, oltre a tutti gli strumenti elaborati in sede internazionale, in particolare nell'ambito dell'ONU», come ha rilevato M. CARTABIA, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in *Iustitia*, 2008, p. 401.

<sup>5</sup> M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 ss.; sul punto, v. anche A. RUGGERI, *Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica*, in *Consulta OnLine*, 3/2016, p. 451.

<sup>6</sup> V., tra le altre, quella emessa sul caso *Scozzari e Giunta c. Italia*, richiamata anche da L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, in R. ROMBOLI, A. RUGGERI (a cura di), *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, in corso di stampa, § 2.

<sup>7</sup> In argomento, v., tra i tanti, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, p. 399 ss.; V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova,

R(2000)2 del Comitato dei Ministri<sup>8</sup>. Solo qualche breve cenno si rende opportuno per ricordare il “modello convenzionale”. Come si legge nella previsione della CEDU ora richiamata, «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti» (par. I), essendo affidato al Comitato dei Ministri il compito di vigilare sulla esecuzione delle pronunce (par. II). Al di là del problema della vincolatività delle decisioni nei confronti degli Stati terzi, che non sono parte del giudizio nel quale esse sono state rese, ciò che è certo è che – ratificando la CEDU – le Parti (tra le quali il nostro Paese) hanno accettato la portata dell’art. 46 e quindi la limitazione della sovranità che, per forza di cose, proviene dal (dovuto) rispetto delle sentenze del giudice di Strasburgo. Anche la Raccomandazione sopra citata muove nella medesima direzione, chiedendo alle parti di procedere, per quanto possibile, alla *restitutio in integrum* e di provvedere alla riapertura del procedimento nel quale si sia “consumata” la violazione accertata dalla Corte EDU. Quest’ultima, infatti, com’è noto, nel caso in cui rilevi che una sentenza interna di condanna abbia violato le regole del “processo equo” (art. 6 CEDU) non si accontenta di prescrivere una riparazione di natura pecuniaria (*ex art.* 41 CEDU), ma – appunto – richiede che sia ripristinata la situazione antecedente al contrasto con la Convenzione, strada – quest’ultima – che è possibile percorrere se si procede a forme di “revisione” del processo interno (cfr. Corte cost. n. 113 del 2011). Non essendo possibile dilungarmi sul punto, occorre adesso cercare di ripercorrere – seppure fuggacemente – la giurisprudenza costituzionale rilevante in materia, in modo da ricordare come la Consulta si sia posta nei confronti della regola contenuta nell’art. 46 CEDU e, in definitiva, della Corte di Strasburgo.

### 3. *La prima fase della giurisprudenza costituzionale in materia di vincolatività delle pronunce della Corte EDU*

Alla luce di quanto accennato, ci si sarebbe aspettato che il giudice delle leggi, specialmente dal 2007 ad oggi, e quindi da quando ha messo a tema dei suoi lavori il rapporto tra CEDU e Costituzione, si fosse limitato a rilevare la portata prescrittiva dell’art. 46 CEDU; proprio così non è accaduto, essendo invece stato altalenante e non del tutto chiaro – almeno in alcune fasi – l’orientamento della Corte costituzionale al riguardo. D’altra parte, non c’è da meravigliarsi più di tanto se si considera che il contrasto tra la Consulta e la Corte di giustizia si è protratto per quasi un trentennio; verrebbe da dire, «*nihil sub sole novum*» (per riprendere *Quòlet I*, 10).

Come si sa, a partire dalle sentt. nn. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale ha sempre affermato che incombe sul giudice comune l’obbligo di esperire il tentativo di

---

2012, 4 ss.; G. REPETTO, *L’effetto di vincolo delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Dir. pubbl.*, 2014, spec. p. 1085 ss.; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in *www.federalismi.it*, 7/2016, § 8. Da ultimo, cfr. quanto osserva L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 2, che distingue anche i diversi tipi di sentenza della Corte di Strasburgo.

<sup>8</sup> Degni di rilievo sono anche gli artt. 35 CEDU, che al par. I enuncia il principio in base al quale la Corte va adita in via sussidiaria, «dopo l’esaurimento delle vie di ricorso interno», e 41, a norma del quale la Corte «accorda, se del caso, un’equa soddisfazione alla parte lesa» qualora rilevi la «violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli».

interpretazione conforme della norma interna rispetto alla CEDU<sup>9</sup>, quest'ultima essendo da intendere alla luce del significato fornito dalla giurisprudenza proveniente da Strasburgo. È questo, infatti, uno dei perni, dei “punti fermi” (come mi sono trovato a dire altrove)<sup>10</sup>, sui quali la Consulta ha fatto poggiare la sua ricostruzione in merito ai rapporti con la Convenzione. In altre parole, il contrasto tra una disciplina interna e la Convenzione può essere rilevato solo alla luce dell'interpretazione che il “giudice della CEDU”, attraverso la sua giurisprudenza, fornisce della singola previsione convenzionale che si assume violata; d'altra parte, nulla di sorprendente è da vedere in ciò, se si ricorda che è la stessa Convenzione a riconoscere alla Corte di Strasburgo questa competenza, a norma dell'art. 32, par. I<sup>11</sup>. Com'è noto, solo nel caso di insuccesso del tentativo di interpretazione conforme della norma interna alla CEDU è possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale; in questi casi, infatti, la previsione convenzionale (nei confronti della quale è sorto il contrasto) può integrare il parametro dell'art. 117, I comma Cost., purché – “particolare” di non poco conto – sia rispettosa dell'intera Carta costituzionale. Lo schema di riferimento è infatti quello della fonte interposta, essendo riconosciuto alla CEDU un rango sovra-legislativo ma sub-costituzionale. In merito all'obbligo di interpretazione conforme, non sono mancati aggiustamenti da parte della Corte, con i quali quest'ultima ha chiarito la portata del compito affidato ai giudici comuni. Come si legge nella sent. n. 239 del 2009 (al p.to 3 del *cons. in dir.*), l'interpretazione conforme delle norme interne alla CEDU è da tentare «entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» (passaggio ripreso, in modo quasi identico, dal p.to 6.2 del *cons. in dir.* della sent. n. 349 del 2007); poco dopo, con la sent. n. 311 del 2009, la Corte ha rilevato che l'interpretazione conforme alla quale è chiamato il giudice è da compiersi «fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica»<sup>12</sup>. Una precisazione si rende opportuna: una impostazione rigorosa dell'obbligo di interpretazione conforme, ossia priva di margini di manovra per gli operatori interni, non sarebbe stata (e non sarebbe) esente da rischi, in quanto i giudici comuni, stretti nella “morsa” del sindacato accentrato della Corte, avrebbero potuto (o potrebbero) tentare audaci operazioni ermeneutiche al fine di evitare di dover sollevare una questione di legittimità costituzionale a discapito della certezza del diritto. Insomma, una rigidità come quella che ha caratterizzato la prima giurisprudenza costituzionale si sarebbe potuta (o si potrebbe) trasformare in un “boomerang”<sup>13</sup>, con il risultato di dare alla CEDU – in fin dei

<sup>9</sup> Sul punto, tra i molti altri, v. da ultimo P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 1/2018 (per la bibliografia meno recente v. il mio *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 153, in nt. 51).

<sup>10</sup> Sia consentito rinviare a A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 129 ss., spec. p. 152 ss. Una ricognizione del cammino giurisprudenziale compiuto dalla Corte costituzionale è anche in R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu e restituzione degli atti al giudice “a quo” in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269/2017*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 870 ss.

<sup>11</sup> Non a caso, la Corte costituzionale ha affermato che «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione» (sent. n. 348 del 2007, p.to 4.6 del *cons. in dir.*).

<sup>12</sup> P.to 6 del *cons. in dir.* Al riguardo, cfr. Corte cost. n. 93 del 2010, p.to 4 del *cons. in dir.*

<sup>13</sup> Questa espressione è usata, a tal proposito, anche da A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici*, cit., p. 6.

conti – un’applicazione diretta “mascherata” sotto forma di interpretazione conforme<sup>14</sup>. Ma andiamo al punto che più ci interessa in questa sede e cioè quello del rilievo da dare all’interpretazione della Corte di Strasburgo.

In una fase iniziale, come risulta dalle sentenze “gemelle”, è parso che la Corte preferisse adottare una posizione “netta” e l’interpretazione fornita dalla Corte europea fosse da seguire “alla lettera” e nella sua “interezza”. Sembra chiaro quanto si legge nella sent. n. 348 del 2007, per la quale «le norme della CEDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea», tanto che «la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione»<sup>15</sup>; emerge quindi il ristretto margine di apprezzamento discrezionale riconosciuto ai giudici *a quibus*, nonostante questi ultimi siano stati considerati “giudici della Convenzione”<sup>16</sup>. Stando a questa ricostruzione, la Corte EDU, quindi, non sarebbe dotata di «una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia»<sup>17</sup>. Tuttavia, è possibile osservare che l’iniziale (apparente) rigore che sul punto aveva manifestato il giudice delle leggi si sia in seguito attenuato, come sembra che si possa evincere dalla giurisprudenza costituzionale. In un passaggio della sent. n. 239 del 2009, incidentalmente, si legge che «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, *anche* quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità»<sup>18</sup>; sembra che una tale formulazione – se presa alla lettera – lasci spazio ad altri possibili interpreti della Convenzione (verosimilmente, i giudici nazionali), abilitati a compiere una qualche originale attività ermeneutica al riguardo. Con la sent. n. 311 dello stesso anno, la Corte costituzionale afferma che «l’apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la *sostanza* di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, *Simaldone c. Italia*, ric. n. 22644/03)»<sup>19</sup>; il giudice delle leggi offre quindi un “criterio” in grado di orientare l’interpretazione della CEDU da parte dei giudici, il che farebbe pensare che voglia andare al di là di quanto fino a quel momento affermato sul punto.

Molto ci si è interrogati in dottrina in merito al significato della “sostanza” dell’interpretazione fornita dalla giudice di Strasburgo<sup>20</sup>, in cosa cioè consista questa sorta di

<sup>14</sup> Come tutti sanno, fin dalle sentenze “gemelle” (v. Corte cost. n. 348 del 2007, p.ti 3.3 e 4.3 del *cons. in dir.* e Corte cost. n. 349 del 2007, p.ti 6.1 e 6.2 del *cons. in dir.*) e dalla giurisprudenza costituzionale successiva, la Consulta non ha mai esitato in merito alla non applicazione diretta della Convenzione in ambito interno, precisando che il sistema-CEDU non fosse in alcun modo paragonabile al diritto dell’Unione europea e, pertanto, non potesse considerarsi “coperto” dall’art. 11 Cost.

<sup>15</sup> I passaggi riportati sono tratti dal p.to 4.7 del *cons. in dir.* della prima delle due sentenze “gemelle”.

<sup>16</sup> Sul punto, tra gli altri, v. T. GUARNIER, *Un ulteriore passo verso l’integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione*, in *Consulta OnLine*, 10 novembre 2011; di recente, cfr. D. GALLIANI, *Sul mestiere del giudice*, cit., p. 151.

<sup>17</sup> Corte cost. n. 348 del 2007, p.to 4.6 del *cons. in dir.*

<sup>18</sup> P.to 3 del *cons. in dir.* (c.vo ovviamente aggiunto).

<sup>19</sup> P.to 6 del *cons. in dir.* (c.vo ovviamente aggiunto).

<sup>20</sup> In dottrina, tra i tanti, v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 213 s.; A. RUGGERI, *“Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 24/2013, § 3 e M. MASSA, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4687 s. Si badi che tale impostazione riproduce – di fatto – idee in precedenza espresse dall’estensore della sentenza ed

“nucleo duro” dell’interpretazione da considerare intangibile nelle operazioni che potrebbero preludere alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale. In altre parole, il giudice interno sarebbe vincolato solo a rispettare i principi alla base dell’attività ermeneutica compiuta a Strasburgo, per il resto – almeno questo si può dedurre – avendo un certo margine di manovra. Come fare, allora, a definire l’ideale limite tra un “nucleo duro” dell’interpretazione (appunto, la sostanza) che vincolerebbe il giudice comune e la parte rimanente, nella quale – per converso – riacquisterebbe vigore l’interpretazione dei giudici comuni? È possibile, volendo usare un’immagine un po’ forzata ma che rende l’idea, che esista un “nucleo duro” (da rispettare) e una parte “molle” (non vincolante) nell’interpretazione che la Corte EDU dà alla Convenzione, nel rispetto dell’art. 32 CEDU già cit.? Tale questione, in quel momento storico, era rimasta non risolta.

#### 4. Il nuovo corso inaugurato dalla sent. n. 49 del 2015

Nell’ambito dell’*excursus* giurisprudenziale che stiamo ripercorrendo, degna di particolare nota è la sent. n. 49 del 2015, nella quale la Corte sembra dare quelle risposte che si attendevano in merito alla “sostanza”, chiarendo in cosa essa consista. In questa occasione, la Consulta afferma che le sentenze della Corte EDU vanno interpretate secondo i normali canoni dell’«interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata» nel caso in cui non si è in grado di cogliere in esse immediatamente il principio di diritto al quale il giudice di Strasburgo ha fatto riferimento per la risoluzione del caso (sent. n. 236 del 2011)<sup>21</sup>. In particolare, il giudice delle leggi precisa che «l’interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest’ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione»<sup>22</sup>. Rispetto a quanto si è detto finora, degna di nota è la considerazione per la quale «gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, sarebbe errato [...] ritenere che la CEDU abbia reso passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato»<sup>23</sup>; come si può notare, la Consulta mostra di aderire ad una posizione in base alla quale l’interpretazione della Corte EDU non è affatto, come si diceva poco sopra, da seguire scrupolosamente, riconoscendo invece un ruolo ai giudici che fino a questo punto sembrava almeno in parte svilito. Al tempo stesso, però, e questo è il punto, la Consulta osserva come gli operatori interni non «possano ignorare l’interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione»<sup>24</sup>. Il rispetto della “sostanza” dell’interpretazione fornita dalla Corte EDU può tradursi, quindi, in quello degli orientamenti consolidati a Strasburgo o di sentenze-pilota “in senso stretto”<sup>25</sup>; la situazione pare poi complicarsi se si pensa che rimarrebbero escluse, dall’impostazione della Corte, i «quasi o semi-pilot judgments»<sup>26</sup>. Quelli indicati sarebbero

---

evidentemente avallate dall’intero collegio; al riguardo, cfr. G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, p. 219 s.

<sup>21</sup> Così, quasi testualmente, Corte cost. n. 49 del 2015, p.to 6.1 del *cons. in dir.*

<sup>22</sup> Corte cost. n. 49 del 2015, p.to 6.1 del *cons. in dir.*

<sup>23</sup> Corte cost. n. 49 del 2015, p.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>24</sup> Corte cost. n. 49 del 2015, p.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>25</sup> Cfr. L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 4.

<sup>26</sup> L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 1.

pertanto gli unici casi in cui della giurisprudenza in parola si deve tenere conto; ragionando *a contrario*, sembra che possa dirsi che una medesima capacità di vincolare i giudici interni non sarebbe possibile rintracciare in quelle pronunce che, per comodità, potremmo definire “isolate” o “non-pilota”. Il problema però è comprendere allora quando è possibile ritenere consolidato un certo orientamento giurisprudenziale; l’idea di privilegiare, a tal proposito, il dato quantitativo – come ha rilevato L. Casseti – non convince<sup>27</sup> e sebbene il giudice delle leggi offra una serie di indici<sup>28</sup> che potrebbero «orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento»<sup>29</sup> la realtà (e quindi tale operazione) appare più complessa di quella delineata dalla Consulta<sup>30</sup>.

Alla luce di quanto detto, l’operato della Corte pare svelarne l’intento: si tratta, per un verso, del tentativo (che celava – evidentemente – un desiderio) della Consulta (sia nella sent. n. 49 del 2015, ma già a partire dalla sent. n. 311 del 2009) di “smarcarsi” – almeno in alcuni casi – dalla Corte EDU nei limiti del possibile<sup>31</sup>, ma soprattutto sembra che, così ragionando, il giudice delle leggi voglia dare l’opportunità all’operatore di discostarsi dalla giurisprudenza proveniente da Strasburgo (e quindi dalla stessa CEDU) al fine di ridurre, fin dove possibile, le ipotesi di contrasto tra la Convenzione e la Costituzione. Tuttavia, al di là delle questioni alle quali si è ora fatto cenno, non si può negare che identificare la “sostanza” con la presenza di un orientamento consolidato oppure con una sentenza-pilota appaia un po’ limitativo e lasci (almeno in parte) insoddisfatti<sup>32</sup>, soprattutto se si considera che anche una singola pronuncia deve avere alla base un principio di diritto al quale si informa; in altre parole, e volendo semplificare, non è possibile immaginare una sentenza che “nella sostanza” non dica nulla. Fermo restando che un giudice interno – secondo la ricostruzione proposta dalla Corte nel 2015 – potrebbe anche non tenere conto di una singola pronuncia della Corte EDU (facendo correre il rischio allo Stato di incorrere in una pena pecuniaria per violazione dell’art. 46 CEDU), nulla vieta – com’è ovvio – di darvi seguito, sempre che non sussista alcun conflitto con la Costituzione. Qualora un giudice volesse uniformarsi ad una pronuncia isolata in quanto in grado di offrire – in un determinato caso – una tutela più intensa, ovviamente può farvi luogo, trattandosi solo di una diversa graduazione delle tutele; se la “dottrina” dell’orientamento consolidato mirava – come detto – ad evitare al massimo i conflitti tra CEDU e Costituzione, in una situazione come quella ora paventata il pericolo sarebbe scampato (la Convenzione, nell’interpretazione data dal giudice europeo, non entrerebbe in conflitto con la Costituzione, ma solo garantirebbe uno *standard* di tutela più elevato).

<sup>27</sup> L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 1.

<sup>28</sup> Si fa riferimento ai seguenti: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» (p.to 7 del *cons. in dir.*).

<sup>29</sup> V. p.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>30</sup> Cfr. L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 1.

<sup>31</sup> Si pensi alla presenza di più sentenze poste su una stessa linea che il giudice delle leggi non avrebbe potuto superare (ed “ignorare”).

<sup>32</sup> Non a caso, c’è chi ha parlato di «discussa posizione» della Corte assunta in occasione della sent. n. 49 (L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 1).

Va poi precisato che l'efficacia vincolante di una sentenza della Corte EDU potrebbe essere "oscillante": potrebbe infatti accadere che in un primo momento, trattandosi di una decisione isolata (e finché rimanga tale), secondo l'impostazione proposta nella sent. n. 49, essa non abbia "seguito" nell'ordinamento da parte del giudice comune e quindi rimanga priva di forza vincolante; tale forza, però, e questo è il punto, potrebbe essere acquisita in un secondo tempo, quando cioè dovessero venire alla luce altre sentenze dello stesso "tenore". In una situazione di questo tipo, proprio quella pronuncia dapprima non vincolante contribuirebbe a "consolidare" un orientamento, questo sì, invece, in grado di esprimere efficacia vincolante.

In aggiunta a quanto detto, si ricordi che in base all'art. 46 CEDU la vincolatività di una pronuncia proveniente da Strasburgo riguarda (*rectius*, dovrebbe riguardare) le parti in causa; tuttavia, essendo richiesto al giudice comune di rispettare la giurisprudenza di Strasburgo in presenza di un orientamento consolidato, secondo l'impostazione della Consulta nel 2015, si può osservare che ogni singola decisione svolge "la propria parte" (per il fatto stesso di esserci e a prescindere dal giudizio in cui è stata emessa) nel fare acquisire efficacia alla giurisprudenza europea. È questo un caso, quindi, in cui una sentenza della Corte EDU (insieme ad altre inserite nello stesso "flusso giurisprudenziale") produce effetti di vincolo anche per parti diverse da quelle del processo; un problema analogo riguarda le sentenze-pilota e cioè se esse debbano essere rispettate anche quando rese nei confronti di altri Paesi<sup>33</sup>. Come osserva L. Cassetti, sembrerebbe che a questa domanda si debba rispondere in senso affermativo, in considerazione del fatto che l'intento che sta alla base di questa categoria di sentenze sarebbe quello di definire «un livello di tutela oggettiva in Europa»<sup>34</sup>.

Inoltre, volgendo l'attenzione su un'altra questione rilevante, l'interpretazione (e quindi la vincolatività) nella "sostanza" delle sentenze del giudice di Strasburgo non pare sia comunque in grado di evitare l'insorgere di eventuali contrasti tra la giurisprudenza costituzionale e quella "convenzionale", come è accaduto in occasione della vicenda relativa alle leggi di interpretazione autentica, nel noto caso *Agrati*<sup>35</sup>.

Concludendo sul punto, l'impressione che si ha è che se, da un lato, le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale possono agevolare i giudici comuni, per altro verso finiscono per sminuire la giurisprudenza europea e per mortificare quella forza vincolante ad esse attribuita dall'art. 46 CEDU, più volte citato.

Sembra allora che sia possibile rilevare una certa "fragilità" nella "dottrina della sostanza", fragilità che sembra essere stata smascherata nella recente sent. n. 43 del 2018, alla quale occorre adesso dedicare l'attenzione.

##### 5. La deroga introdotta dalla sent. n. 43 del 2018: il caso

La sent. n. 43 del 2018<sup>36</sup> rappresenta un importante passaggio nell'evoluzione dei rapporti tra sistema CEDU e Costituzione e, pertanto, fra le due Corti. In questa occasione,

<sup>33</sup> Cfr. L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 4.

<sup>34</sup> L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU*, cit., § 4.

<sup>35</sup> Su Corte EDU 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia*, riferimenti bibl. nel mio *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 194, in nt. 154.

<sup>36</sup> Su questa pronuncia v. F. PEPE, *La Corte costituzionale prende atto della metamorfosi del ne bis in idem europeo: fine della storia?*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 520 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 530 ss.; R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 861 ss.; A. RUGGERI,

il giudice delle leggi ha ribadito che il significato della Convenzione va colto in base alla giurisprudenza della Corte EDU (si tratta quindi di “un’interpretazione di un’interpretazione”), richiamando anche il precedente orientamento – qui più volte ricordato – emerso nella dec. n. 49 del 2015<sup>37</sup>. Pur non volendo scendere nel merito della vicenda<sup>38</sup>, la Consulta ha precisato che in relazione al divieto del *ne bis in idem* le pronunce provenienti da Strasburgo non fossero in grado di fornire un significato univoco dell’orientamento della Corte EDU, rilevando che «il *ne bis in idem* convenzionale aveva, quando la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata, carattere sostanzialmente inderogabile»<sup>39</sup>; sebbene la Corte EDU, «talvolta», avesse ammesso (in quanto conforme alla CEDU e all’art. 4 del Protocollo n. 7) «la conclusione di un secondo procedimento, nonostante il primo fosse già stato definito» purché avesse rilevato «tra i due un legame materiale e temporale sufficientemente stretto», la Consulta osserva che «si era trattato di un criterio di così sporadica applicazione da non poter in alcun modo contribuire a scolpire con univocità il significato della normativa interposta»<sup>40</sup>.

Tuttavia, come la Corte rileva, la sentenza pronunciata dalla Grande Camera, *A e B contro Norvegia*, del 15 novembre 2016, «ha impresso un nuovo sviluppo alla materia di cui si discute»<sup>41</sup>; il giudice europeo, infatti, ha affermato che «il *ne bis in idem* non opera quando i procedimenti sono avvinti da un legame materiale e temporale sufficientemente stretto (“sufficiently closely connected in substance and in time”), attribuendo a questo requisito tratti del tutto nuovi rispetto a quelli che emergevano dalla precedente giurisprudenza»<sup>42</sup>. Non sussistendo più «i presupposti intorno ai quali è stata costruita l’odierna questione di legittimità costituzionale»<sup>43</sup>, ad avviso della Consulta, si riepande la discrezionalità del giudice. Si tratterebbe di una «close connection»<sup>44</sup> in presenza della quale sarebbe giustificabile una deroga al divieto in parola, consentendo di «proseguire nel nuovo giudizio ad onta della definizione dell’altro»<sup>45</sup>, deroga la cui sussistenza dovrebbe essere verificata dal giudice

---

*Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni*, cit., p. 558, e ID., *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici*, cit., p. 24 s.; E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 17/2018 (12 settembre 2018), spec. p. 21 ss.; A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A e B c. Norvegia*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 234 ss.

<sup>37</sup> Cfr. il p.to 5 del *cons. in dir.*

<sup>38</sup> A tal proposito, volendo fare solo qualche cenno, si può ricordare che in questa occasione il Tribunale di Monza aveva impugnato l’art. 649 c.p. «nella parte in cui non prevede l’applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell’imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell’ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e dei relativi Protocolli»; è da precisare che si trattava di un imputato «già [...] destinatario di una sanzione tributaria». Il giudice delle leggi fa notare che la normativa, per un verso, prevede che tra due sanzioni, al termine di due diversi procedimenti, debba applicarsi quella speciale (non potendo aversi il «cumulo» delle due); per altro verso, che si debbano svolgere entrambi i procedimenti, penale e tributario. Stando così le cose, si avrebbe quindi «una fisiologica duplicazione dell’attività sanzionatoria, che dà vita ad un fenomeno di bis in idem processuale», potendosi quindi «procedere nuovamente per il medesimo fatto già oggetto di un procedimento di altra natura anche se quest’ultimo è già stato definito» (questi riferimenti sono tratti dal p.to 1 del *cons. in dir.*).

<sup>39</sup> P.to 5 del *cons. in dir.* (c.vo ovviamente aggiunto).

<sup>40</sup> P.to 5 del *cons. in dir.*

<sup>41</sup> P.to 6 del *cons. in dir.*

<sup>42</sup> P.to 6 del *cons. in dir.* (c.vo ovviamente aggiunto).

<sup>43</sup> P.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>44</sup> Cfr. p.to 7 del *cons. in dir.* (c.vo ovviamente aggiunto). In argomento, v. R. RUDONI, *Sul ne bis in idem convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 831 ss.

<sup>45</sup> P.to 7 del *cons. in dir.*

comune; secondo questa impostazione, il divieto ha quindi perso anche il suo originario carattere meramente processuale<sup>46</sup>, per lasciare spazio ad una «sostanzializzazione del principio europeo» (pur rimanendo «un principio di natura processuale»)<sup>47</sup>.

Tale svolta nella giurisprudenza di Strasburgo, ad avviso del giudice delle leggi, presenta un “carattere innovativo” in merito al divieto in parola rispetto alla situazione esistente al momento in cui è stata sollevata la questione (essendone venuti meno i presupposti)<sup>48</sup>, seppure ci si riferisca direttamente al «rapporto tra procedimento tributario e procedimento penale»<sup>49</sup>. In ogni caso, lungi dal poter divenire una regola generale, la valutazione non può che rimanere casistica, affidata – come detto – all’apprezzamento del giudice interno<sup>50</sup> la cui discrezionalità appare essere stata rivitalizzata<sup>51</sup>; a quest’ultimo proposito, si può notare che se questa scelta appare opportuna, al tempo stesso, rischia di porre qualche problema di certezza del diritto, potendo un giudice ravvisare la sussistenza di quello stretto collegamento tra procedimenti che per altri operatori del diritto potrebbe mancare. Pur non potendo indugiare sul punto, è possibile rilevare che, se non v’è dubbio che la certezza del diritto sia un valore da preservare, è anche vero che essa può trovarsi costretta a recedere qualora ciò si renda necessario per la tutela dei diritti in gioco. Com’è ovvio, tale questione meriterebbe ben altro approfondimento di quello che è possibile svolgere in questa sede. È certo, concludendo sul punto, che il divieto di *ne bis in idem* non è quindi “cancellato” dall’ordinamento, potendo (o dovendo) imporsi nei casi in cui manchi «l’adeguato legame materiale e temporale» di cui si è detto<sup>52</sup>.

La Corte ritiene pertanto di dover restituire gli atti al giudice *a quo* perché provveda ad una nuova verifica in punto di rilevanza della questione, in quanto se quel legame vi fosse non sarebbe necessario «introdurre nell’ordinamento, incidendo sull’art. 649 cod. proc. pen., alcuna regola che imponga di non procedere nuovamente per il medesimo fatto»<sup>53</sup>.

La Consulta, poi, conclude invitando il legislatore ad intervenire in materia per risolvere i possibili contrasti tra il sistema CEDU e l’ordinamento italiano in merito al sistema del c.d. «doppio binario»<sup>54</sup>.

---

<sup>46</sup> P.to 7 del *cons. in dir.* Che il divieto di *ne bis in idem* avesse nella giurisprudenza europea un carattere processuale era stato rilevato, ad es., in Corte cost. n. 102 del 2016 p.to 6.1 del *cons. in dir.*

<sup>47</sup> A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., p. 535 (c.vo testuale).

<sup>48</sup> P.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>49</sup> P.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>50</sup> Cfr. p.to 7 del *cons. in dir.*

<sup>51</sup> Rilevante può rivelarsi, peraltro, l’intervento del giudice nello stabilire la pena, potendo prendere in considerazione quella irrogata nell’altro (precedente) procedimento (come afferma A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., 536). A ciò si aggiunga che una “quota” di discrezionalità si possa comunque individuare anche in una fase antecedente e cioè quando l’operatore interno deve valutare «l’identità del fatto» (v. Corte cost. n. 102 del 2016, p.to 4 del *cons. in dir.*).

<sup>52</sup> Cfr. p.to 9 del *cons. in dir.*

<sup>53</sup> P.to 8 del *cons. in dir.* Ricorda l’unico precedente in materia (ossia di restituzione degli atti al giudice *a quo*) R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu*, cit., p. 866 e la dottrina *ivi* cit. (in nt. 20).

<sup>54</sup> P.to 9 del *cons. in dir.* Il giudice delle leggi richiama, al riguardo, un passaggio della sent. n. 102 del 2016 (spec. il p.to 6.1 del *cons. in dir.*).

## 6. Notazioni critiche in merito alle novità apportate dalla pronuncia

La decisione n. 43 del 2018 sembra particolarmente interessante ai fini di questo studio, per la novità che introduce in tema di efficacia della giurisprudenza della Corte EDU; in tale occasione, infatti, la Corte costituzionale si è sentita vincolata da una sola pronuncia del giudice di Strasburgo (nonché dal principio di diritto che ne stava alla base), tanto da considerare nella sostanza la sentenza un *novum*<sup>55</sup>, in qualche modo assimilabile allo *ius superveniens*, per quanto la Corte si guardi dall'utilizzare quest'ultima espressione, che invece usa con riferimento alle decisioni della Corte di giustizia<sup>56</sup>. Inoltre, come si può notare, in questo caso la Consulta ha preferito operare una restituzione degli atti al giudice *a quo* con sentenza e non con ordinanza; anche questo pare un profilo di interesse, se non addirittura un'anomalia<sup>57</sup>.

A questo punto, è possibile fare qualche considerazione sulla decisione in discorso. In una circostanza del genere, sulla scia della sent. n. 49 del 2015, sarebbe stato legittimo attendersi che la Corte non avesse dato troppa importanza alla sentenza pronunciata a Strasburgo, riconoscendo anche la possibilità al giudice comune di non tenerne conto. Invece, contrariamente alle previsioni, la Consulta – come detto poco sopra – si è sentita vincolata (o, forse, sarebbe meglio dire che si è voluta vincolare) nei riguardi della pronuncia *A e B contro Norvegia*<sup>58</sup>, pur essendo “isolata”, cioè non inserita (e quindi non trovando collocazione) in alcun “flusso giurisprudenziale” che avrebbe potuto giustificare il rispetto. Individuato il “principio di diritto” esistente in quella singola decisione, l'operazione compiuta dalla Corte mostra che è possibile – com'è ovvio – attribuire efficacia vincolante anche alla “sostanza” di singole pronunce (invero, questo non era mai stato negato dalla Consulta, che però “autorizzava” a non dare seguito a tali decisioni). A questo punto, sarebbe da chiedersi se a far “cambiare idea” alla Corte possa essere stato il fatto che la sentenza in questione provenisse dalla Grande Camera della Corte EDU (peraltro in “deroga” ad un orientamento consolidato ad opera della stessa Grande Camera)<sup>59</sup>, rimanendo salva in tutti gli altri casi l'impostazione patrocinata nella precedente sent. n. 49; tuttavia, se questa è la ragione non è dato sapere.

<sup>55</sup> Così già nella ord. n. 150 del 2012, richiamata da R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu*, cit., p. 866. Dello stesso A., v. *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *Consulta OnLine*, 26 febbraio 2013.

<sup>56</sup> R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu*, cit., p. 867, p. 869; l'A. non manca di precisare che l'espressione “*ius superveniens*” fa pensare agli effetti diretti che, nell'ambito dell'ordinamento, hanno i principi contenuti in una «sentenza interpretativa della Corte di giustizia sopravvenuta», disegnando «i limiti entro cui le norme interne conservano efficacia e possono essere applicate» (p. 869).

Degna di nota è, da ultimo, la pronuncia della Corte del 24 ottobre 2018, Causa C-234/17, XC, YB e ZA, ECLI:EU:C:2018:853, con la quale il giudice di Lussemburgo fa presente che non è necessario ricorrere alla revisione del processo interno in caso di violazione del diritto eurounitario [cfr. A. RUGGERI, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in *Dir. comp.*, 3/2018].

<sup>57</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu*, cit., p. 867.

<sup>58</sup> Su tale decisione v. F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2016; R. RUDONI, *Sul ne bis in idem*, cit., spec. p. 834 ss.

<sup>59</sup> R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu*, cit., p. 867. Si rammenti la nota sent. *Grande Stevens*, richiamata al riguardo da R. RUDONI, *Sul ne bis in idem*, cit., p. 829, ma *passim*; F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem*, cit., spec. p. 530; E. BINDI, *Divieto di bis in idem*, cit., p. 10 s.

Alla luce delle osservazioni fatte in precedenza, considerati gli aspetti critici che presenta – a mio avviso – la tesi volta ad indentificare la “sostanza” con la sussistenza di orientamenti consolidati, mi rinforzo nell’idea che anche la singola pronuncia abbia una sua intrinseca forza vincolante che non è possibile ignorare (o sottovalutare) e non solo quando (ed in quanto) costituisca un “*novum*” giurisprudenziale, come nel recente caso ora ricordato. Mentre si può essere certi che da un orientamento consolidato sia possibile individuare ed estrapolare il principio di diritto intorno al quale il giudice di Strasburgo – appunto – “consolida il suo orientamento”, non si può escludere che anche una singola pronuncia sia in grado di (anzi, debba) spiegare effetti vincolanti nei confronti delle parti (e non solo). A quest’ultimo riguardo, non ci si nasconde che potrebbe essere problematico riconoscere efficacia vincolante (e dare seguito) ad una singola decisione che si ponga come un *novum* (e quindi in contrasto) rispetto ad un orientamento consolidato; in una circostanza del genere, dovrebbe prevalere il principio di diritto desumibile da quest’ultimo, sebbene risulti alquanto arduo – in forza dell’art. 46 CEDU – non dare rilievo alla sentenza che da esso si discosta.

Altra questione di cruciale rilievo, è quella relativa al conflitto tra giudicati, europeo ed interno; in particolare, oltre ai contrasti che possono insorgere tra una pronuncia della Corte EDU e il giudicato penale, amministrativo o civile<sup>60</sup>, sono da considerare i possibili conflitti che possono aversi tra la giurisprudenza del giudice di Strasburgo e quella della Corte costituzionale; il problema, in particolare, si pone in riferimento alle sentenze di accoglimento, quelle di rigetto – secondo l’orientamento ormai affermatosi – non andando mai in giudicato. Volendo tornare al caso poco sopra ricordato, c’è da chiedersi cosa sarebbe accaduto se la Corte costituzionale invece di restituire gli atti al giudice *a quo* avesse optato per scendere nel merito e si fosse orientata per l’accoglimento.

Il tema del contrasto tra giudicato “convenzionale” e giudicato costituzionale, com’è ovvio, richiederebbe ben più spazio di quello qui disponibile, essendo non poco complesso e, al tempo stesso, meritevole di attenzione per le ricadute che ha sul piano della protezione dei diritti fondamentali. Come mi sono già trovato a dire, il modo migliore per risolvere questo tipo di conflitti è quello, banalmente, di prevenirlo, come di fatto è accaduto nella circostanza ricordata (a differenza del già richiamato caso *Agrati*). Invero, percorrere la via della “prevenzione” appare oggi più agevole se si considera quanto disposto dal Protocollo n. 16 alla CEDU<sup>61</sup>, entrato in vigore il 1° agosto 2018, ma ancora non ratificato dall’Italia<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Si ricordino i casi affrontati (e solo in parte risolti) con le sentt. nn. 113 del 2011 e 123 del 2017 della Corte costituzionale.

<sup>61</sup> Cfr. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 331 s.

<sup>62</sup> In argomento, tra i molti altri, v. G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Com. int.*, 2013, p. 773 ss. (reperibile anche al seguente url: <https://www.sioi.org/wp-content/uploads/2015/10/LCI2013-trimestre4-5asta.pdf>); F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e “cortocircuiti” ideologici*, in *www.osservatorioaic.it*, novembre 2013, spec. § 3; R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta OnLine*, 18 maggio 2014, e ID., *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, II ed., Roma, 2015, p. 151 ss., e ID., *Il sistema di tutela multilivello e l’interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *Quest. gius.*, 4/2016, p. 113 s.; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del prot. 16)*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2014; E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Torino, 2015; P. GIANNITI, *Il sistema CEDU nel quadro dei sistemi internazionali di protezione dei diritti fondamentali*, in P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in G.

Come si sa, la nuova normativa riconosce alla Corte di Strasburgo una competenza consultiva in merito alla corretta interpretazione della Convenzione (e quindi della stessa giurisprudenza europea)<sup>63</sup>; infatti «le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente [...] possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli»<sup>64</sup>, purché però la richiesta al giudice europeo riguardi una «causa pendente»<sup>65</sup>. Seppure il parere rilasciato a Strasburgo non abbia forza vincolante, non si può negare che esso sia in grado di offrire preziose indicazioni ai giudici interni, fornendo ad essi «chiarimenti interpretativi che dovrebbero ridurre le eventuali incomprensioni tra la tutela giudiziaria interna e la protezione internazionale dei diritti fondamentali»<sup>66</sup>; i pareri della Corte di Strasburgo potrebbero quindi fungere da «sentenze pilota anticipate» in grado di consentire di «risolvere questioni di interesse generale prima ancora che il caso arrivi alla Corte»<sup>67</sup>.

Altra questione è poi quella di comprendere se la Corte costituzionale possa essere ricompresa tra le più «alte giurisdizioni» che possono rivolgersi al giudice di Strasburgo<sup>68</sup>. Su quest'ultimo punto viene in aiuto la sent. n. 102 del 2008, ove si legge che «la nozione di “giurisdizione nazionale” rilevante ai fini dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione “interna” dell'organo rimettente. Non v'è dubbio che la Corte costituzionale italiana possiede requisiti individuati a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE per attribuire tale qualificazione»<sup>69</sup>; tuttavia, non si può dimenticare che la Consulta, in una prima fase, tenne a precisare di non essere annoverabile tra le giurisdizioni nazionali in grado di

DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, I, Bologna, 2015, p. 497 ss.; E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2015, p. 181 ss.; A. DI STASI, *Il sistema convenzionale di tutela dei diritti dell'uomo: profili introduttivi*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 63 ss.; F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7/2016, § 7; V. SCIARABBA, *La tutela dei diritti fondamentali nella Costituzione, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2017, § 3; A. GUAZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo: quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale*, Napoli, 2016, p. 36 ss.; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 719 ss.; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3/2019 (6 febbraio 2019); D. TEGA, *La Corte Edu: processo e politica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3/2019, spec. § 5.

<sup>63</sup> Sotto questo profilo, non mancano punti di vicinanza con la Corte interamericana dei diritti umani, anch'essa dotata di una competenza consultiva. In argomento, tra gli altri, v. G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU*, cit., p. 773 ss.; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 CEDU nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 1 ss.

<sup>64</sup> V. art. 1, I comma, Prot. n. 16.

<sup>65</sup> V. art. 1, II comma, Prot. n. 16.

<sup>66</sup> E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU*, cit., p. 721.

<sup>67</sup> I passaggi testuali sono di G. RAIMONDI, *Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 468, richiamati pure da E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU*, cit., p. 721.

<sup>68</sup> In argomento, v. O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 aprile 2014.

<sup>69</sup> P.to 8.2.8.3 del *cons. in dir.*

rivolgersi alla Corte di Giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale<sup>70</sup>, salvo poi – come ora rammentato – tornare sui propri passi<sup>71</sup>. In ogni caso, non mancano aspetti critici del Protocollo n. 16 che non è possibile qui esaminare<sup>72</sup>; tuttavia, al netto dei problemi che solleva, esso potrebbe rivelarsi uno strumento prezioso per favorire i rapporti tra le Corti e, come si usa dire, il dialogo tra esse. Va tuttavia osservato che il mancato seguito dato dalla Consulta o da altro operatore di diritto interno alle indicazioni, seppur non vincolanti, ricevute da Strasburgo potrebbe costituire il preludio di un ricorso della parte soccombente alla Corte EDU<sup>73</sup>. Qualora poi non si riuscisse ad intervenire in via preventiva e quindi evitare un contrasto tra il giudicato della Corte costituzionale e quello emesso a Strasburgo, non si può fare a meno di notare che, una volta insorto il conflitto in parola, esso sia difficilmente risolvibile, non essendo possibile – com'è noto – procedere ad una revisione del processo costituzionale (si tratta di un'opzione ad oggi non prevista)<sup>74</sup>, sulla falsa riga di quanto avviene nella materia penale (v. Corte cost. n. 113 del 2011); rimane sempre percorribile, chiaramente, la via “ordinaria” della riparazione attraverso l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria purché però sia accertata la violazione dell'art. 46 CEDU.

### 7. Brevi considerazioni conclusive

A questo punto dello studio mi pare che si possano fare alcune brevi considerazioni conclusive, alla luce delle novità apportate nella giurisprudenza costituzionale dalla sent. n. 43 del 2018. L'orientamento del giudice delle leggi, manifestato da ultimo, appare in linea con il sistema-CEDU e, in particolare, rispettoso dell'art. 46 della Convenzione; questa

<sup>70</sup> Si veda, ad es., quanto affermato nell'ord. n. 536 del 1995: «nella Corte costituzionale non è ravvisabile quella “giurisdizione nazionale” alla quale fa riferimento l'art. 177 del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, poiché la Corte non può “essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali”» (a quest'ultimo riguardo viene richiamata la sent. n. 13 del 1960). In dottrina, tra i molti altri, v. A. DENUZZO, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, in *Consulta OnLine*, 21 ottobre 2014, spec. § 1 s.

<sup>71</sup> Si può rammentare il d.l. n. 2801 della XVII Legislatura, volto alla ratifica dei Protocolli nn. 15 e 16 alla CEDU; in particolare, erano state indicate quali dovessero essere considerate le “alte giurisdizioni”, tra le quali non era compresa la Corte costituzionale. Tuttavia, la Camera dei deputati, il 26 settembre 2017, aveva presentato un emendamento con il quale si sarebbe consentito alla Consulta di poter “provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo”, il che avrebbe consentito al giudice delle leggi di scegliere se inserirsi o meno nel meccanismo del rinvio pregiudiziale (cfr. <http://rivista.eurojus.it/il-protocollo-16-in-vigore-dal-1-agosto-2018-una-nuova-ipotesi-di-forum-shopping-tra-le-corti/?print=pdf>). Cfr. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 333 ss.

<sup>72</sup> Cfr., tra gli altri, G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in *www.forumcostituzionale.it*, 8 luglio 2014.

<sup>73</sup> Ad es., da A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot. 16)*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2014, spec. § 3; e da R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2014, spec. § 12.

<sup>74</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici*, cit., p. 43 s.; l'A. prende in considerazione la possibilità che «il legislatore riproduca la legge già caducata dalla Consulta e che quest'ultima, nuovamente adita, faccia salvo l'atto riproduttivo, ancorché affetto dai medesimi vizi del precedente, qui anzi aggravati dalla violazione del giudicato» (p. 44).

opzione, però, se da un lato appare opportuna e, se singolarmente considerata, in grado di chiarire i contorni della vincolatività delle sentenze emesse a Strasburgo, al tempo stesso, se letta all'interno dell'evoluzione giurisprudenziale qui sommariamente riprodotta, sembra poter disorientare l'operatore del diritto. Una situazione di questo tipo non fa altro che rafforzare l'idea che la Corte costituzionale farebbe bene ad accettare, una volta per tutte, la vincolatività *tout court* della giurisprudenza europea, come d'altra parte ha implicitamente fatto il nostro Paese – come detto – quando ha sottoscritto la CEDU. Si è consapevoli che, qualora si andasse in questa direzione, aumenterebbero le possibilità di scontri frontali tra il sistema-CEDU e il nostro ordinamento. A tal proposito, infatti, se è vero che i rischi di contrasto tra la Convenzione e la Costituzione dovrebbero essere alquanto esigui, in quanto i testi a confronto sono entrambi volti alla valorizzazione della persona, connotato che peraltro accomuna tutte le fonti di natura materialmente costituzionale<sup>75</sup>, è altresì vero che eventuali conflitti possono insorgere a causa della “mediazione” che della CEDU opera il giudice di Strasburgo; nel passaggio dal piano della normazione a quello della elaborazione giurisprudenziale, è ben possibile che punti di frizione vengano alla luce. Quando una eventualità del genere dovesse verificarsi, l'operatore interno che volesse dare seguito alla Corte EDU (e quindi applicare la Convenzione) sarebbe costretto a sollevare una questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione della CEDU “nella parte in cui...”, non potendo procedere all'applicazione diretta della fonte esterna. Al riguardo, mi vado convincendo da tempo che anche per la Convenzione in discorso (che “vive” nell'interpretazione data dalla “sua” Corte) dovrebbe valere la stessa regola che si applica per altre fonti esterne al nostro ordinamento (come, ad es., i Patti tra Stato e Chiesa) e cioè che la CEDU non debba essere tenuta, come fino ad oggi ha sostenuto la Consulta, a rispettare l'intera Carta costituzionale, ma i soli principi fondamentali<sup>76</sup>. D'altro canto, ammesso pure che si consideri appropriata la qualifica di fonte “subcostituzionale” che la giurisprudenza costituzionale dà della CEDU, quest'ultima – come si è fatto notare da una accreditata dottrina<sup>77</sup> – per la materia trattata naturalmente si confronta con norme costituzionali espressive di principi fondamentali o, comunque, “coperte” da questi. Tuttavia, com'è noto, il giudice delle leggi, sul punto, pare non arretrare; se con il passare del tempo la timida apertura mostrata dalla Corte con la sent. n. 43 del 2018 dovesse avere seguito e dovesse aversi un cambio di paradigma nei rapporti tra la Costituzione e la CEDU non è al momento possibile stabilire.

---

<sup>75</sup> Un riconoscimento esplicito della natura “tipicamente costituzionale” della Carta dei diritti dell'Unione europea (e – viene da pensare – di ogni altra Carta) si è di recente avuto – com'è noto – in Corte cost. n. 269 del 2017, ampiamente annotata.

<sup>76</sup> Sul punto si rinvia a A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., spec. p. 151, ma *passim*.

<sup>77</sup> Sul punto, v. A. RUGGERI, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, *Consulta OnLine*, I/2019, p. 53, nt. 61.