

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale

1/2018

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno II – N. 1/2018

DIREZIONE

Andrea Buratti – Giuseppe Martinico – Oreste Pollicino
Giorgio Repetto – Raffaele Torino

COMITATO SCIENTIFICO

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

REDAZIONE

Marco Bassini – Giacomo Delledonne
Claudio Di Maio – Francesco Saitto

SOMMARIO

Forum di discussione

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

[pp. 3-65]

Saggi

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

[pp. 66-86]

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

[pp. 87-128]

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

[pp. 129-170]

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

[pp. 171-208]

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

[pp. 209-261]

Note e commenti

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

[pp. 262-274]

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

[pp. 275-292]

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

[pp. 293-324]

Recensioni e letture critiche

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

[pp. 325-334]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

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

Alessia Cozzi

SOMMARIO: 1. Spunti per un'indagine. – 2. Indizi non concordanti tratti dalla giurisprudenza costituzionale. – 3. Un tentativo di mappatura della giurisprudenza. – 3.1. Esame sulla base del solo parametro interno e assorbimento del vizio ex art. 117, c. 1, Cost. – 3.2. Esame del solo art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento del parametro interno. – 3.3. Esame congiunto dei parametri interno e convenzionale. – 3.4. Esempi di esame separato e autonomo dei parametri interno e convenzionale. – 3.5. Variabilità entro il medesimo ambito materiale. – 3.6. Casi in cui la preferenza per l'art. 117, c. 1, dipende dalla struttura della fattispecie. – 4. Alla ricerca di una *ratio*: la natura dei diritti in gioco. – 5. L'assenza di un ordine di esame dei vizi di costituzionalità e i suoi riflessi sul rapporto tra sistema convenzionale e ordinamento interno. – 6. I riflessi sulla legittimazione della Convenzione europea.

1. Spunti per un'indagine

Oggetto del presente contributo è l'ordine di esame dei vizi di costituzionalità quando sia eccepita contestualmente la lesione di norme costituzionali interne e di norme convenzionali. Il recepimento della giurisprudenza convenzionale nell'ordinamento interno è stato descritto in termini di «judicial transplant», per indicare il fatto che si tratta di un'operazione tutt'altro che meccanica, che comporta un'attività di adeguamento e modulazione¹. Si è voluto, perciò,

¹ Si veda la relazione dell'allora giudice della Corte costituzionale F. Gallo, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, Bruxelles, 24 maggio 2012, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf, che individua almeno quattro elementi di differenza tra le attribuzioni e le tecniche di giudizio della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale: la rilevanza del caso concreto all'origine del giudizio; le tecniche

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

indagare se l'ordine di esame dei vizi riveli una tendenziale preferenza assegnata alle norme costituzionali o alle norme convenzionali e se rifletta alcuni orientamenti generali della Corte costituzionale nel procedere a questa attività di adeguamento.

Lo spunto dell'indagine nasce dalle considerazioni presenti in alcuni recenti saggi sul peso rispettivamente assegnato al parametro interno e a quello convenzionale². In una descrizione del caso relativo alla conoscenza del nome della madre rimasta anonima al momento del parto, per esempio, emerge chiara la ricerca di un autonomo

argomentative e di strategia di legittimazione; l'utilizzo del metodo comparativo; l'esternazione del processo formativo della decisione attraverso le opinioni concordanti o dissidenti. Queste differenze determinano il fatto che il «*judicial transplant*» della giurisprudenza convenzionale entro la giurisprudenza costituzionale non sia operazione meccanica regolata da automatismi, ma richieda un'attività di adeguamento. L'adeguamento è stato realizzato dalla Corte costituzionale attraverso l'accentramento del giudizio di convenzionalità entro il sindacato di costituzionalità, il riconoscimento della competenza della Corte di Strasburgo nell'interpretazione della Convenzione e insieme il mantenimento in capo alla Corte costituzionale del compito di bilanciare i diritti convenzionali e i diritti costituzionali. L'effetto è che, in gran parte dei casi analizzati nella relazione, si è avuto un allineamento tra Corti, mentre in alcune fattispecie rimane un disallineamento. La prospettiva adottata, espressa nella parte finale della relazione, è quella di una «comunità di costituzioni» che caratterizza lo spazio giuridico europeo, per cui non è possibile affidare la delicata opera di raccordo tra i diversi ordinamenti ad un unico organo giurisdizionale di chiusura, cui riservare in via esclusiva la *Kompetenz-Kompetenz*.

² Si vedano i saggi dei giudici costituzionali G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Università di Macerata – Lezioni Alberico Gentili, Bologna, 2015; M. Cartabia, *Of Bridges and Walls: The "Italian Style" of Constitutional Adjudication*, in *Constitutional Court of the Republic of Slovenia, 25 Years*, Bled, Slovenia, June 2016, Conference Proceedings, 69-84, in <http://www.us-rs.si/media/zbornik.25.let.pdf>, e in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 8, no. 1/2016, p. 37-55, in merito alla necessità di una tutela non frammentata, ma sistemica dei diritti costituzionali; N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in www.rivistaaic.it, n. 4 del 2017, 21 novembre 2017. Per il principio di collegialità che disciplina i lavori della Corte costituzionale, le considerazioni espresse nei contributi indicati restano opinioni individuali, rese per di più nell'ambito di riflessioni più articolate e complesse, per cui da esse non può trarsi un orientamento della Corte.

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

bilanciamento tra i parametri costituzionali che non si limiti al recepimento della soluzione adottata dalla Corte di Strasburgo in un caso analogo. La consapevolezza e attenzione per la giurisprudenza convenzionale è ben presente, ma questa non è considerata esaustiva e assorbente rispetto all'interpretazione dei parametri costituzionali interni, che sono fatti oggetto di autonoma ponderazione³. In altro saggio relativo al caso dell'attribuzione del cognome materno, nel ragionare sui fattori che hanno indotto la Corte costituzionale a superare una precedente pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, si legge che l'assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost. è un possibile segnale del fatto che, se vi sono parametri costituzionali interni sufficienti, non vi è necessità di ricorrere a parametri esterni. Sul peso che ha avuto il precedente di Strasburgo *Fazzo e Cusan* nella scelta della Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità si osserva che: «Non può essere una fonte internazionale o sovranazionale, neanche la Convenzione EDU, a contribuire a determinare decisamente il significato del testo dell'art. 29 Cost., particolarmente se letto in connessione con gli artt. 2 e 3 Cost. Troppo densa di significati storico-culturali è la nozione costituzionale di famiglia, per ammettere che essa possa risultare conformata – conformata in modo decisivo, si intende – da tendenze giurisprudenziali esterne al nostro ordinamento»⁴. La ragione della

³ G. Amato, *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 61-89, in relazione a Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278.

⁴ N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione*, cit., p. 7, 11; il caso paradigmatico è la sentenza n. 286 del 2016 in materia di attribuzione anche del cognome materno su concorde volontà dei genitori. A partire dall'esistenza di un contesto sotteso alla questione di costituzionalità più ampio di quello che emerge dal solo contraddittorio processuale in senso tecnico, l'A. ripercorre la giurisprudenza costituzionale in materia di attribuzione del cognome paterno per interrogarsi sui fattori che hanno portato a ridelineare l'auto-limite della Corte rispetto alla discrezionalità del legislatore; tra questi, non sempre l'inerzia legislativa, che potrebbe esprimere una decisione negativa voluta; non la sopravvenuta giurisprudenza CEDU, su cui le citazioni nel testo, pur riconoscendo che l'interazione e integrazione tra parametri interni e sovranazionali è argomento assai interessante e delicato; soprattutto, invece, il mutamento della coscienza sociale, da accertarsi sulla base di indici oggettivi che costruiscono appunto il "contesto" sullo sfondo della questione (così i progetti di legge pendenti; i dati del diritto straniero e comparato, compresi elementi di *soft*

sopravvenuta incostituzionalità dichiarata dalla Corte è così ricondotta essenzialmente all'evoluzione della coscienza sociale intesa in senso oggettivo.

Queste considerazioni giustificano la domanda sul se emerga nella giurisprudenza della Corte costituzionale un criterio ordinatore sull'uso dei parametri. Il contributo è diviso in due parti. Nella prima parte, è descritta una mappatura della giurisprudenza suddivisa in ragione dell'ordine di esame dei parametri, dando alcuni esempi dei relativi schemi di giudizio. Nella seconda parte, a partire dal quarto paragrafo, si esaminano alcune delle ragioni che potrebbero spiegare il ricorso a una o all'altra tipologia di schema di giudizio, in particolare la natura dei diritti in gioco. Si considerano, inoltre, alcuni elementi di vantaggio e di svantaggio che derivano dalla trattazione separata e autonoma del parametro convenzionale e del parametro costituzionale interno o dalla loro trattazione congiunta. Si vedrà che le oscillazioni della giurisprudenza nell'ordine di esame dei vizi *non corrispondono* ad una scelta di fondo *costante* volta a valorizzare, in una chiave gerarchica di rapporto tra fonti, la subordinazione della Convenzione europea alla Costituzione, né, al contrario, ad accentuare sempre, in chiave sostanziale, il rapporto di integrazione tra norme di pari sostanza normativa. Nella parte finale sono formulate alcune considerazioni sui riflessi che l'ordine di esame dei vizi potrebbe esprimere sulla legittimazione della Convenzione europea.

2. Indizi non concordanti tratti dalla giurisprudenza costituzionale

Alcuni indizi relativi alla presenza di un tendenziale criterio relativo all'ordine di esame dei vizi potrebbero trarsi dalla

law, gli stessi precedenti della Corte costituzionale; le tendenze dottrinali autorevoli, persuasive e condivise; soprattutto, la presenza di numerose e concordanti ordinanze di rimessione che manifestano il disagio emergente nei giudici comuni verso interpretazioni percepite come non più rispondenti al tempo, divenute irragionevoli, e indicano alla Corte una direzione – le ordinanze sono così per l'A. le «antenne» della Corte, coerenti con la logica del giudizio incidentale come giudizio accentrato ad iniziativa diffusa).

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

giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni. Conviene dire da subito che si tratta di indizi che non convergono. Da un lato, è nota la discussa affermazione contenuta nella sentenza n. 49 del 2015 sulla «priorità assiologica» della Costituzione sulla Convenzione europea. Se è vero che dietro l'ordine logico vi è un ordine assiologico che l'ordine logico sottintende, dall'inciso potrebbe trarsi che la violazione del parametro interno meriti priorità e sia assorbente rispetto al parametro convenzionale. In senso contrario, d'altra parte, prima della sentenza n. 49 del 2015 una priorità logica e assiologica era stata assegnata al parametro convenzionale sulla base dell'ordinanza n. 150 del 2012, in materia di fecondazione eterologa. La Corte aveva disposto la restituzione degli atti ai giudici *a quibus* per sopravvenuta pronuncia della Grande Camera che aveva modificato il principio di diritto espresso dalla Camera semplice su cui le ordinanze di rimessione si fondavano⁵. Poiché tali ordinanze motivavano anche vizi autonomi di costituzionalità basati sul parametro interno, la scelta processuale della restituzione degli atti poteva apparire come indice di un rapporto di dipendenza della questione di costituzionalità dalla questione di convenzionalità^{6,7}.

⁵ Corte cost., ord. 7 giugno 2012, n. 150; tutte le tre ordinanze di rimessione eccpeivano la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU per come interpretati in C.edu, I Sez., *S.H. e altri c. Austria*, 1 aprile 2010, e dell'art. 3 Cost.; la seconda e la terza ordinanza anche la violazione degli artt. 2, 31, e 32 Cost., e la terza del 29 Cost.; la restituzione degli atti fu motivata per la sopravvenuta C.edu, Grande Camera, *S.H. e altri c. Austria*, 3 novembre 2011. La Corte, per vero, osservò che i giudici rimettenti avevano fatto ampio riferimento alla giurisprudenza CEDU anche nella motivazione riferita ai parametri costituzionali interni.

⁶ A. Ruggeri, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in www.giurcost.org, secondo cui la Corte ha finito per negare «l'autonomia concettuale e positiva» dei parametri costituzionali, il che indurrebbe a ritenere la CEDU «per sistema» dotata di forza sovracostituzionale, tanto da incidere o derogare gli altri parametri costituzionali e da provocare «in ogni caso», se lesa, l'incostituzionalità. Nello stesso senso, A. Morrone, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 19 luglio 2012, e E. Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in

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

In realtà, da un esame più ampio della giurisprudenza deve concludersi che un siffatto ordine non esiste. La sentenza n. 162 del 2014, originata dagli stessi rimettenti cui erano stati restituiti gli atti con ordinanza n. 150 del 2012, è stata decisa sulla base dei soli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., dichiarando assorbito l'art. 117, c. 1, Cost. e smentendo così una priorità logica del parametro convenzionale. Solo per restare nello stesso ambito materiale, anche nella successiva sentenza n. 96 del 2015 il divieto di diagnosi preimpianto è stato dichiarato incostituzionale per violazione dei soli artt. 3 e 32 Cost., con assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost., nonostante il precedente di Strasburgo *Costa e Pavan* che tanto aveva influenzato i giudici di merito⁸. Sul versante opposto, della priorità del parametro

www.forumcostituzionale.it, 29 giugno 2012, sul pericolo che i giudici comuni tendano a «scolorire» le questioni di compatibilità con la Costituzione e ad agire attraverso un «fai di te» nella valutazione dell'armonia tra legge interna e CEDU. L'A. distingue le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, per le quali la tecnica della restituzione per *ius superveniens* appare coerente con lo strumentario complessivamente forgiato per il diritto europeo e funzionale a garantirne il primato, e le sentenze di Strasburgo, attesa la rimarcata posizione subcostituzionale della CEDU, subordinata a tutte le norme costituzionali, il divieto di disapplicazione e il sindacato accentratore. In senso analogo, entro una più ampia analisi delle ordinanze di restituzione degli atti, R. Romboli, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in www.giurcost.org, e I. Pellizzone, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 3 del 2012, 25 settembre 2012.

⁷ A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Napoli, 2013, p. 141, ritiene che la giurisprudenza costituzionale successiva all'ord. n. 150 del 2012 abbia smentito l'esistenza di un orientamento consolidato relativo alla precedenza del parametro convenzionale.

⁸ Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, avente ad oggetto gli artt. 1, cc. 1 e 2, e 4 l. n. 40 del 2004 per contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost., e 117, c. 1, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU. G. Repetto, *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in www.diritticomparati.it, 11 giugno 2015, insiste proprio sulla recessività del parametro convenzionale e la ritrovata centralità delle norme costituzionali «per l'insostituibilità del contributo di valore che può venire in taluni casi dal catalogo costituzionale dei diritti» e pure non interpreta questa recessività come un «disegno

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

costituzionale, ha avuto ragione la dottrina che, pur criticando la sentenza n. 49 del 2015 per aver definito con un approccio piramidale e gerarchico il rapporto tra Carte e per aver fatto uso di un linguaggio espressivo di un «nazionalismo costituzionale esasperato» e di «patriottismo costituzionale ingenuo e infecondo», non riteneva che la pronuncia segnasse in via definitiva un nuovo corso della giurisprudenza costituzionale⁹. Ed in effetti così è stato. Almeno questo è quanto si ricava dall'analisi che segue.

di autarchia costituzionale», poiché esso muove sempre dalla presa d'atto della convergenza dei contenuti di tutela interni e sovranazionali, per concludere che «non può essere considerato un male se a tornare protagonista è la Costituzione, perché il principio di ragionevolezza e il diritto alla salute in essa contenuti in larga parte assorbono (e trascendono) i contenuti di garanzia desumibili dalla Convenzione». Nello stesso senso, per aver ritenuto sufficiente l'uso del parametro interno, C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2015.

⁹ A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2 del 2015, p. 325-332, 327, 330. Per il linguaggio usato, la sentenza n. 49 del 2015 sembrava voler introdurre un nuovo schema di giudizio di portata generale; nondimeno, parte della dottrina ha ridimensionato la sua portata innovativa, rimarcando elementi di continuità con l'elaborazione giurisprudenziale successiva alle sentenze gemelle – V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.rivistaafc.it*, maggio 2015, p. 3 – e inquadrando la pronuncia nel suo contesto: così G. Sorrenti, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2005, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7 dicembre 2015, p. 2, che circoscrive il vincolo ai precedenti consolidati alle sole circostanze in cui «sembri possibile ravvisare una forte discontinuità tra le sentenze della Corte europea», specie se non motivata, imponendo ai giudici interni di attendere chiarimenti da successive sentenze: «Non qualsiasi sternuto a Strasburgo, in altri termini, è in grado di provocare uno tsunami nell'ordinamento interno», con riferimento al possibile annullamento della legge interna che ne potrebbe derivare in seguito a incidente di costituzionalità. Sotto altro profilo, l'oggetto del giudizio di costituzionalità sarebbe la legge di esecuzione del trattato *in parte qua* «solo ed esclusivamente» quando il giudice rimettente ritenga il dettato convenzionale incostituzionale, come nella specie aveva fatto la Corte di Cassazione, mentre lo schema dalla sentenza n. 49 non troverebbe applicazione in tutte le ipotesi di sospetto contrasto tra legge interna e norme convenzionali, in cui permarrrebbe lo schema delle gemelle, come nella specie fatto dall'altro giudice rimettente, il

3. Un tentativo di mappatura della giurisprudenza

È acquisito in dottrina che, dopo le sentenze gemelle del 2007, a partire dal 2009 la Corte costituzionale abbia utilizzato diverse tecniche argomentative per aumentare il proprio margine di manovra rispetto ai precedenti di Strasburgo e poter procedere ad un autonomo bilanciamento¹⁰. Se si guarda al merito delle decisioni, tuttavia, sono state certamente più numerose le occasioni in cui le interpretazioni dei diritti costituzionali e convenzionali hanno coinciso. Ferma allo stato la posizione subcostituzionale riservata alla Convenzione europea, e pur rimanendo inevitabilmente ciascuna Corte padrona del proprio parametro, ne emerge la ricerca da parte

Tribunale di Teramo. Anche G. Martinico, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali, Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara*, Ferrara, 7-8 aprile 2016, Napoli, 2017, p. 407-444, 417-126, contestualizza la sentenza n. 49 del 2015 entro le tecniche argomentative adottate successivamente alle sentenze gemelle per aumentare il margine di discrezionalità, tecniche a loro volta maturate parallelamente a mutamenti esterni come l'entrata in vigore del Protocollo n. 14, la dichiarazione di Brighton, l'adozione dei Protocolli n. 15 e 16, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1 dicembre 2009 e del suo art. 6, par. 3. La sentenza n. 49 è, così, ritenuta un esempio di «disobbedienza funzionale», quale diretta conseguenza dell'apertura mostrata dalla Corte costituzionale al sistema convenzionale: il conflitto interpretativo tra Corti comporta il riconoscimento dell'esistenza dell'altro come interlocutore privilegiato, in un'ottica di pluralismo costituzionale, e contestualmente l'affermazione di una propria identità. Questo approccio, comune ad altre Corti europee, è ritenuto una forma di resistenza cooperativa, e dunque costruttiva, nella misura in cui il percorso argomentativo seguito dal giudice costituzionale non denota un'apertura meramente di facciata, celando in realtà posizioni sovraniste, ma rende pubblica, trasparente e motivata la scelta di seguire o non seguire una certa interpretazione, esponendosi così a una forma di controllo anche agli occhi dell'opinione pubblica.

¹⁰ Per tutti, i contributi in G. Repetto, (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013 e ora C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016.

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

della Corte costituzionale di una concordanza e affinità di soluzioni. Questa tendenziale concordanza è stata interrotta da macroscopici casi di rottura, accompagnati da toni più o meno duri, e che pure – pare di poter dire – sono rimasti isolati e confinati al singolo settore materiale in cui sono emersi. La sentenza n. 49 del 2015, in particolare, non ha dato avvio a un *trend* di generale chiusura della Corte costituzionale nei confronti dell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo¹¹. Prevale in sintesi, a nostro avviso, un allineamento tra Corti¹².

¹¹ La sentenza n. 49 del 2015 utilizzava alcuni criteri, ampiamente discussi in dottrina, per diminuire il vincolo di precedente delle sentenze di Strasburgo, ove non fossero espressione di una giurisprudenza consolidata. Per completezza, cenni alla formazione di una «giurisprudenza ormai costante» o a un «indirizzo consolidato» o alla «giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente» nella ricostruzione dei principi enunciati da Strasburgo erano per vero già presenti in Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, 6 *Cons. dir.*, in tema di udienza pubblica; 7 aprile 2011, n. 113, 4 e 7 *Cons. dir.*, sull'interpretazione dell'art. 46 CEDU; 22 luglio 2011, n. 236, 9 *Cons. dir.*, ultimo periodo; in nessun caso, tuttavia, questi cenni erano funzionali a diminuire il vincolo del precedente, ma a evidenziare la chiarezza del principio enunciato da Strasburgo. Dopo la n. 49 del 2015, vi sono cenni alla giurisprudenza consolidata non per circoscrivere l'effetto di un precedente contro l'Italia, ma per giustificare la “stabilità” del principio di diritto ricavato dalla giurisprudenza convenzionale: così la sentenza n. 184 del 2015, sul termine iniziale da cui calcolare l'irragionevole durata del processo penale, ove nella dettagliata analisi della giurisprudenza di Strasburgo una sentenza della Grande Camera è ritenuta, per la composizione che l'ha adottata, «pronuncia senz'altro valevole ad esprimere l'indirizzo vincolante del giudice europeo» (5 *Cons. dir.*); nella n. 36 del 2016, sempre in materia di legge Pinto, l'inciso «Dalla giurisprudenza europea consolidata (sentenza n. 49 del 2015)» serve ad illustrare il principio di diritto secondo cui lo Stato è tenuto a concludere il procedimento volto all'equa riparazione in termini più celeri di quelli consentiti nelle procedure ordinarie, e vi è un cenno all'art. 6 CEDU «il cui significato si forma attraverso il reiterato ed uniforme esercizio della giurisprudenza europea sui casi di specie». Lo stesso in Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, in materia di *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p., la ricerca di una giurisprudenza consolidata non è servente al grado di vincolo dei precedenti, bensì alla esatta ricostruzione della norma convenzionale (*chose interprétée*) sulla nozione di “fatto” come mero fatto naturalistico attinente alla condotta attiva o omissiva o come fatto storico composto dalla triade “condotta, nesso di causalità, evento”: «il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l'interprete dall'obbligo di porre alla base

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

Il punto è se a questi andamenti sostanziali corrisponda uno schema logico relativo all'uso del parametro, e in particolare l'emergere di una certa continuità nell'ordine di esame dei vizi quando sia lamentata la lesione sia di un parametro costituzionale sostanziale che di un parametro convenzionale invocato attraverso l'art. 117, c. 1, Cost.¹³.

della decisione un contenuto della normativa interposta ulteriore rispetto al rilievo storico-naturalistico del fatto, salvo quanto si dovrà aggiungere in seguito a proposito del concorso formale dei reati». Nell'analizzare la giurisprudenza costituzionale, pertanto, a nostro avviso, occorre tenere ben distinte le fattispecie in cui viene in gioco l'obbligo di esecuzione delle sentenze di Strasburgo ai sensi degli artt. 41 e 46 CEDU (*chose jugée*) dalle fattispecie in cui il precedente di Strasburgo ha valore di precedente interpretativo (*chose interprétée*).

¹² La stessa considerazione è alla base dei contributi dello *special issue* da poco pubblicato dello *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) – Heidelberg Journal of International Law*, n. 3 del 2017 (77); cfr. l'introduzione di D. Paris, *A Falling Tree Makes More Noise Than a Growing Forest*, *ivi*, p. 581-584, 582, metafora usata per dire che quando una Corte costituzionale nazionale ha sfidato la Corte Edu il fatto è stato rumoroso e eclatante, ma la *judicial cooperation* è la regola, e non l'eccezione, benché proceda silenziosa e spesso non notata. Rispetto alla giurisprudenza costituzionale italiana, condivide la prevalenza di un atteggiamento convergente rispetto alla CEDU, pur in presenza di pochi casi di aperto conflitto, D. Tega, *The italian way. A blend of cooperation and hubris*, *ivi*, p. 685-713.

¹³ Si considerano solo le questioni che in altra occasione la dottrina ha definito «complesse», ossia questioni in cui la norma interna è sospettata di violare sia un parametro costituzionale sostanziale, che un parametro convenzionale, attraverso l'art. 117, c. 1, Cost.: così A. Ruggeri, *A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" congiuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. n. 245 del 2013)*, in *www.giurcost.org*, 2013, p. 1-7. Restano escluse dall'analisi le questioni cosiddette semplici, sollevate con solo riferimento all'art. 117, c. 1. Così per esempio Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, sul caso *Dorigo*, ex art. 117, c. 1, Cost. e 46 CEDU; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, sul rapporto tra prescrizione breve e principio della *lex mitior*, con questione sollevata, e decisa come non fondata, ex art. 117, c. 1, Cost. e 7 CEDU – con la stessa sentenza sono state dichiarate inammissibili due ulteriori questioni, una ex art. 117, c. 1, Cost. e una ex art. 117, c. 1, Cost. e art. 111 Cost. Era una questione semplice il caso *Maggio*, in cui la Corte ha fatto uso del margine di apprezzamento e del criterio della massima espansione delle garanzie per motivare una soluzione in conflitto con Strasburgo: Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, ex art. 117, c. 1, Cost. e art. 6, c. 1, CEDU e lo è il seguito, Corte cost., 12 luglio 2017, n. 166, di inammissibilità, ex art. 117, c. 1,

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

Senza pretesa di completezza, la giurisprudenza costituzionale relativa a questioni complesse può essere suddivisa in distinti gruppi a seconda dell'uso dell'art. 117, c. 1, Cost.: esame dei soli parametri interni e assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost.; esame del solo art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento dei parametri interni; esame congiunto del parametro costituzionale e convenzionale; esame separato e autonomo dei parametri costituzionale e convenzionale. Si danno poi dei casi, che vanno tenuti distinti, in cui il sindacato alla luce del solo art. 117, c. 1, Cost. trova ragione nelle peculiari caratteristiche della fattispecie, per come qualificata dalla Corte costituzionale, in particolare allorché si fa questione dell'esecuzione delle sentenze di Strasburgo ai sensi degli artt. 41 e 46 CEDU.

Sennonché, può anticiparsi, la giurisprudenza di Strasburgo è tendenzialmente tenuta in considerazione, motivata e discussa in tutte e quattro le categorie. Non è presente, perciò, solo nelle pronunce in cui l'art. 117, c. 1., Cost. è motivo unico o separato e autonomo di esame, ma spesso anche in quelle in cui la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. è dichiarata assorbita, decidendo la Corte sulla base dei soli parametri interni. Se ne ricava immediatamente che l'assorbimento o meno del motivo fondato sull'art. 117, c. 1, Cost. costituisce un dato formale che *non è in grado di rivelare se e in che misura* la Corte costituzionale abbia considerato la giurisprudenza di Strasburgo.

Di seguito si riportano alcuni esempi che illustrano la mappatura, fermo restando che ogni sentenza meriterebbe una

e art. 1 Prot. n. 1 CEDU; in precedenza questione analoga relativa alle pensioni svizzere per violazione degli artt. 3, c. 1, 35, c. 4, 38, c. 2, Cost., era stata ritenuta non fondata da Corte cost., 23 maggio 2008, n. 172. Per completezza, la sentenza n. 49 del 2015, in materia di confisca urbanistica, nasceva, invece, da una questione semplice sollevata dal Tribunale di Teramo solo in riferimento all'art. 117, c. 1, Cost., e da una questione complessa, promossa dalla Corte di Cassazione per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, c. 1, Cost. Dopo la sentenza n. 49 del 2015, sono originate da questioni semplici Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102, in materia di *ne bis in idem* nel rapporto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative per abuso di mercato ex art. 117, c. 1, Cost. e art. 4 del Prot. n. 7 CEDU; Corte cost., 21 luglio 2016, n. 200, di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui esclude nell'interpretazione datane nel diritto vivente l'identità del fatto in caso di concorso formale di reati, per contrasto con l'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU.

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

separata analisi perché la scelta dell'ordine di esame dei vizi è influenzata innanzitutto dal modo in cui è stata formulata l'ordinanza di rimessione.

3.1. Esame sulla base del solo parametro interno e assorbimento del vizio ex art. 117, c. 1, Cost.

La Corte costituzionale ha giudicato sulla base del solo parametro interno, dichiarando espressamente assorbite le censure ex art. 117, c. 1, Cost., in alcune sentenze molto note – e in parte già richiamate – in materia di conoscibilità del nome della madre rimasta anonima al momento del parto¹⁴, di incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa¹⁵, di trasmissibilità anche del cognome della

¹⁴ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, sollevata ex artt. 2, 3, 32 e 117, c. 1, Cost.; l'incostituzionalità è stata dichiarata sulla base degli artt. 2 e 3 Cost.

¹⁵ Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, adita nuovamente dai tre Tribunali rimettenti cui la Corte aveva rimesso gli atti per sopravvenuta sentenza della Grande Camera di Strasburgo con ord. n. 150 del 2012, su cui *supra*, ma sulla base di profili parzialmente diversi, per cui mentre l'art. 117, c. 1, era inizialmente comune a tutte le ordinanze, successivamente la violazione del parametro convenzionale è rimasta nella sola ordinanza del Tribunale di Milano. La Corte ha trattato congiuntamente la violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost., a motivo che la PMA coinvolge plurime esigenze costituzionali meritevoli di bilanciamento. Si tratta di uno dei rari casi in cui la Corte ha ribadito espressamente la sua libertà di definire l'ordine di esame dei vizi: «Spetta... a questa Corte valutare il complesso delle eccezioni e delle questioni costituenti il *thema decidendum* e stabilire, anche per economia di giudizio, l'ordine con cui affrontarle nella sentenza, dichiarandone eventualmente assorbite alcune, quando si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'insussistenza di un nesso di pregiudizialità (sentenze n. 278 e n. 98 del 2013, n. 293 del 2010)». L'assorbimento dell'art. 117, c. 1, Cost., vista la vicenda giudiziaria pregressa, è saltato agli occhi della dottrina: per tutti, A. Ruggeri, *La Consulta apre alla eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al "dialogo" con la Corte EDU (a prima lettura di Corte cost. n. 162 del 2014)*, 14 giugno 2014, in www.forumcostituzionale.it; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura, A prima lettura sull'eterologa*, 11 giugno 2014, *ivi*; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in www.giurcost.it, che considera la scelta dei parametri come risposta al fatto che nel caso Costa e Pavan la Corte di Strasburgo aveva ammesso il ricorso diretto senza previo esaurimento dei

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

madre¹⁶. In tutte queste fattispecie la censura ex art. 117, c. 1, Cost., per motivare la quale i rimettenti avevano speso argomentazioni legate alla giurisprudenza convenzionale, è stata espressamente assorbita. Questa tipologia di schema della motivazione non è, tuttavia, frequente, come si ricava dai successivi gruppi di sentenze. In alcune di queste pronunce la Corte costituzionale si è confrontata con la giurisprudenza di Strasburgo direttamente entro l'interpretazione del parametro interno – così in tema di parto anonimo e di cognome materno – mentre in altre ha omesso qualsivoglia riferimento alla giurisprudenza convenzionale – così in tema di fecondazione eterologa. Se la preferenza accordata al parametro costituzionale interno sia dipesa dalla particolare natura dei diritti in gioco, si dirà a breve.

3.2. Esame del solo art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento del parametro interno

Speculare allo schema precedente è quello in cui i vizi sono esaminati alla luce del solo art. 117, c. 1, mentre le censure interne sono assorbite. Costituisce un esempio di uso del solo art. 117, c. 1, Corte cost. n. 196 del 2010, in materia di confisca obbligatoria del veicolo per guida in stato di ebbrezza, in cui si lamentava il contrasto tra l'interpretazione vivente di alcuni articoli del codice della strada, l'art. 3 Cost. e l'art. 7 CEDU attraverso l'art. 117, c. 1, Cost. Dopo aver ricostruito la natura dell'istituto della confisca nell'ordinamento interno, la Corte esamina la questione esclusivamente sotto l'angolo dell'art. 117, c. 1, Cost. e conclude per la sua violazione ai sensi

rimedi interni per la derivazione direttamente dalla legge della violazione controversa; A. Ciervo, *Una questione privata (e di diritto interno). La Consulta dichiara incostituzionale il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo*, in www.diritti-cedu.unipg.it, 2014; A. Cossiri, *Il limite degli obblighi internazionali tra funzione ermeneutica e residualità a margine della sentenza del 10 giugno 2014, n. 162*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2 del 2014, p. 631 ss.

¹⁶ Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, adita per violazione degli artt. 2, 3, 29, c. 2, 117, c. 1, Cost., che dichiara l'incostituzionalità ai sensi degli artt. 2, 3 e 29 Cost., con 117, c. 1, espressamente assorbito.

dell'art. 7 CEDU nell'interpretazione di Strasburgo, quale norma che integra il parametro¹⁷. Si rimarca in più passaggi della decisione la consonanza tra il principio di irretroattività di illeciti e sanzioni assimilabili a sanzioni penali elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo e i principi desumibili dall'art. 25, c. 2, Cost., che pare quasi il “parametro ombra” della motivazione, pur non direttamente invocato dal rimettente.

3.3. Esame congiunto dei parametri interno e convenzionale

In numerose occasioni la Corte costituzionale ha riunito in un'unica motivazione l'esame della violazione dei parametri interni e convenzionali, in quanto ritenuti espressione di medesimi principi. Questo schema motivazionale si caratterizza, dunque, per il fatto che l'analisi delle norme convenzionali e costituzionali è contestuale ed effettuata congiuntamente.

Nella sentenza n. 1 del 2011, per esempio, a fronte di ordinanza che lamentava l'incostituzionalità di legge retroattiva in materia pensionistica, la Corte ha ritenuto non fondata la questione sia rispetto all'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, sia in relazione all'art. 111 Cost., trattati congiuntamente come espressione di un medesimo principio del giusto processo¹⁸. In merito a disciplina retroattiva, nella sentenza n. 170 del 2013 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di norme retroattive che estendevano il privilegio di crediti erariali in procedure concorsuali sulla base dell'esame congiunto della giurisprudenza costituzionale e convenzionale alla

¹⁷ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in cui per vero il rimettente motivava essenzialmente in relazione alla violazione dell'art. 7 CEDU, citando la relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo; la violazione dell'art. 3 Cost. non è oggetto di separato esame e rimane implicitamente assorbita. Per inciso, nella successiva Corte cost. n. 210 del 2013, su cui *infra*, il principio di applicazione della *lex mitior* preteso dall'art. 7 CEDU è stato «ritenuto analogo» a quello espresso dall'art. 2 c.p. Per altri esempi di violazione ex art. 117, c. 1, Cost. e assorbimento del parametro interno, *infra* in materia di udienza pubblica e ragionevole durata.

¹⁸ Corte cost., 5 gennaio 2011, n. 1, in materia di computo dell'indennità integrativa speciale in fattispecie di reversibilità della pensione.

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

luce degli artt. 3 Cost. e 6 CEDU¹⁹. Analogo schema motivazionale è stato seguito nella successiva n. 191 del 2014, in cui la Corte ha accertato la violazione del principio del giusto processo sotto il profilo della compromissione della parità delle armi processuali sulla base degli artt. 111 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, insistendo sulla «piena corrispondenza tra principi costituzionali interni in materia di parità delle parti in giudizio e quelli convenzionali in punto di equo processo» ove siano in gioco leggi retroattive²⁰. Nella sentenza n. 221 del 2015, con motivazione unitaria la Corte ha dichiarato non fondato il dubbio di costituzionalità relativo all'obbligo di modificazione chirurgica dei caratteri sessuali primari sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata alla tutela del diritto all'identità di genere, rinvenuto negli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, e al diritto alla salute ex art. 32 Cost.²¹. Ancora, in sentenza interpretativa di rigetto relativa al risarcimento per detenzione inumana e degradante di condannati all'ergastolo, in esecuzione della sentenza *Torreggiani*, la Corte esamina in un unico

¹⁹ Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170, 4.1 ss. *Cons. dir.*: «I profili di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice rimettente [artt. 3 Cost. e 6 CEDU per il tramite dell'art. 117, c. 1, Cost.] debbono essere esaminati congiuntamente, *in modo che l'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sia letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali e, nella specie, all'art. 3 Cost.*, secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 [...]» (corsivo nostro).

²⁰ Corte cost., 4 luglio 2014, n. 191, 4 *Cons. dir.*; la vicenda nasceva dall'introduzione con d.l. di requisiti professionali ulteriori per la nomina di Commissario straordinario del Governo per il Comune di Roma incidenti retroattivamente su giudizio già pendente al TAR Lazio; i parametri dell'ordinanza di rimessione erano gli artt. 77, c. 2; 111 e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU; 101, 102, c. 1, 104, 108; 97 Cost.. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale ex artt. 111 e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU congiuntamente considerati, dichiarando assorbiti gli ulteriori profili. Sulla consonanza dei principi costituzionali e convenzionali su leggi che interferiscano su una controversia in corso, in un inciso già Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul caso *Ilva*, 12.5 *Cons. dir.*, ultimo periodo.

²¹ Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, cui ha fatto seguito Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180, anch'essa interpretativa di rigetto con motivazione congiunta ai sensi degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU

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

motivo tutte le censure sollevate ai sensi degli artt. 3, 24, 27, c. 3, e 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 3 CEDU²².

Si danno poi dei casi in cui la Corte tratta congiuntamente la violazione di norma convenzionale e di alcuni parametri interni, per poi esaminare separatamente altre censure di costituzionalità fondate su profili diversi da quello comune alla CEDU e al parametro interno. Così è per l'esame degli artt. 3, 97 Cost. e dell'art. 117, c. 1, Cost., in rapporto all'art. 1 Prot. n. 1 CEDU nella sentenza n. 203 del 2016, su disposizioni finanziarie volte al contenimento della spesa sanitaria incidenti su contratti in corso con strutture private convenzionate: contestuale è il ragionamento della Corte in punto di tutela del legittimo affidamento del privato in rapporto a esigenze di tutela di interessi generali e della giurisprudenza convenzionale sui limiti all'intervento su «beni» privati giustificati da un pubblico interesse²³. Lo stesso schema si rinviene nella sentenza n. 214 del 2016, di non fondatezza, in fattispecie relativa all'abrogazione di norma istitutiva del comparto della vicedirigenza pubblica per interferenza con un giudicato amministrativo, in cui congiunto è l'esame dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. Prot. n. 1 CEDU, in uno con l'art. 111, cc. 1 e 2, Cost., seguito dall'esame di altri separati profili di costituzionalità²⁴. Parimenti, la Corte si è fatta giudice

²² Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204; cfr. anche la successiva Corte cost., 13 aprile 2017, n. 83, di applicazione del risarcimento in forma specifica per inumana detenzione anche agli internati, di rigetto per l'esistenza di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme che il rimettente non aveva considerato, in cui la lesione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. e dell'art. 117, c. 1, in relazione all'art. 3 CEDU sono congiunte.

²³ Corte cost., 21 luglio 2016, n. 203, 6.2 *Cons. dir.*, mentre separatamente la Corte analizza le altre censure ex art. 117, c. 3, 41 e 32 Cost., per concludere per la non fondatezza.

²⁴ Corte cost., 3 ottobre 2016, n. 214, 4 *Cons. dir.*; nella seconda parte della motivazione è considerato un secondo gruppo di censure relative alla qualificazione, smentita, della norma impugnata come legge-provvedimento, per violazione degli artt. 3, 24, 97, 101 e 113 Cost. Nella prima parte della motivazione, dedicata alla trattazione congiunta di norme convenzionali e costituzionali, la Corte costituzionale si fa giudice dell'applicazione della CEDU nell'ordinamento nazionale, sindacando la norma impugnata sulla base degli schemi argomentativi di Strasburgo per valutare, nell'ordine, se l'art. 6 CEDU sia applicabile ad una controversia di lavoro pubblico; come si configuri, e con quali limiti, nella giurisprudenza di Strasburgo il

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

dell'applicazione dei criteri di Strasburgo nella complessa sentenza n. 276 del 2016 in materia di sospensione dalla carica di Presidente di Regione, consiglieri regionali e amministratori locali, giudicando congiuntamente della lesione degli artt. 25, c. 2, Cost. e 117, c. 1, in relazione all'art. 7 CEDU, e separatamente ulteriori profili di incostituzionalità²⁵. Più di recente, è congiunto l'esame dell'art. 117, c. 1, in connessione all'art. 1 Prot. 1, con i principi costituzionali «[s]tante la sostanziale coincidenza degli indici sintomatici della lesione dell'affidamento» elaborati nella giurisprudenza costituzionale e in quella delle Corti europee²⁶. Ed è stato congiunto l'esame dell'art.

diritto all'esecuzione di decisioni giurisdizionali definitive e vincolanti compreso nel diritto ad un equo processo; se e in che misura, secondo i criteri di Strasburgo, la norma abrogata possa dirsi sovrapponibile alla portata soggettiva e oggettiva del giudicato amministrativo; di seguito, la Corte ripercorre la giurisprudenza convenzionale sulla nozione di "bene" ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 per escludere che vi rientri la pretesa azionata dai ricorrenti, consistente nella adozione di atti di indirizzo prodromici alla contrattazione collettiva. Gli stessi argomenti sono ripresi per escludere la violazione del principio di parità delle armi nel processo ex art. 111, cc. 1 e 2.

²⁵ Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276, 5.2-5.7 *Cons. dir.*; anche qui, pur in assenza di precedenti di Strasburgo specifici, sulla scorta di un ricco apparato di giurisprudenza convenzionale la Corte valuta autonomamente la natura penale, alla luce dei "criteri Engel", delle misure amministrative di sospensione temporanea dalla carica e di decadenza, dettagliati nei sottocriteri di Strasburgo relativi alla tipologia di condotta sanzionata, al nesso tra la misura afflittiva e l'accertamento del reato, alla presenza di beni e interessi tradizionalmente affidati alla sfera penale, al procedimento attraverso cui la misura è adottata e alla presenza o assenza di discrezionalità rispetto al caso concreto, alla gravità delle conseguenze sfavorevoli, per concludere che trattasi di misura amministrativa cautelare non assoggettabile al divieto convenzionale di retroattività della legge penale. La Corte aveva precedentemente concluso per la non fondatezza del vizio di eccesso di delega ex artt. 76 e 77 Cost., e di seguito esclude con autonoma motivazione la violazione degli artt. 2, 4, c. 2, 51, c. 1, 97, c. 2, Cost. con rinvio alla sentenza n. 236 del 2015, che aveva già respinto la questione, e infine la violazione degli artt. 3 e 51 Cost. per disparità di trattamento tra i parlamentari nazionali ed europei, da un lato, e gli amministratori regionali e locali, dall'altro.

²⁶ Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, di non fondatezza, relativa a decreto-legge che modificava in senso peggiorativo gli incentivi per le energie rinnovabili previsti in contratti di durata con il GSE; la Corte ha previamente escluso, per il carattere potenzialmente assorbente, la violazione dell'art. 77 Cost.; segue un esame separato degli ulteriori profili di contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost. La violazione

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

25, c. 2, Cost. e dell'art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 7 CEDU in materia di confisca per equivalente, sanzione amministrativa introdotta per abuso di informazioni privilegiate depenalizzando la pregressa sanzione penale e di cui era controversa la retroattività²⁷.

3.4. Esempi di esame separato e autonomo dei parametri interno e convenzionale

L'esame del parametro interno e del parametro convenzionale come profili separati e autonomi è presente sia in sentenze di accoglimento, che in sentenze di rigetto²⁸. In queste pronunce, la

dell'art. 117, c. 1, Cost. era stata prospettata sia in relazione a norme dell'Unione europea, sia in relazione all'art. 1 Prot. 1 CEDU, sicché la Corte si riferisce sia a precedenti della Corte di giustizia che a precedenti di Strasburgo.

²⁷ Corte cost., 7 aprile 2017, n. 68, di inammissibilità della censura ex art. 3 Cost. per difetto di motivazione e ex art. 25, c. 2, Cost. e 117, c. 1, Cost., congiuntamente considerati, per non aver valutato il rimettente se la sanzione amministrativa, qualificata dalla Corte stessa come penale ai sensi dell'art. 7 CEDU, risulti nel complesso più mite o maggiormente afflittiva rispetto al precedente reato, tanto da incorrere nel divieto di retroattività posto sia dalla norma convenzionale che dal principio costituzionale. La sentenza fa un po' da contraltare alla n. 49 del 2015, nella misura respinge espressamente la tesi per cui il giudice comune non può applicare la CEDU, se non con riferimento a casi già oggetto di puntuali pronunce di Strasburgo, affermando al contrario che questi, nell'attività che istituzionalmente gli compete ex art. 101, c. 2, Cost., pur in assenza di precedenti in termini è tenuto a interpretare e applicare i principi che si traggono dalla giurisprudenza convenzionale agli istituti del diritto interno, con il solo limite costituito dalla norma interna contraria alla CEDU, per cui è richiesto di sollevare incidente di costituzionalità (7 *Cons. dir.*).

²⁸ Sul fatto che tecnicamente l'assorbimento dovrebbe essere impiegato solo in sentenze di accoglimento e non in sentenze di rigetto, in quanto per pronunciare il rigetto la Corte deve passare in rassegna tutti i parametri di costituzionalità indicati nell'ordinanza di rimessione, A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 21-22 e la dottrina citata in nota 24, che pure osserva come di fatto la Corte proceda all'assorbimento anche in sentenze di rigetto e in relazione a censure autonome; sul fatto che l'identificazione del vizio abbia portata decisiva nelle decisioni di rigetto ai fini della determinazione della loro efficacia di precedente relativamente a tutti i parametri indicati nell'atto introduttivo, si veda p. 4, con rinvio a A. Pizzorusso, *Gli effetti delle decisioni delle Corti costituzionali nei giudizi ordinari*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1987, p. 916;

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

motivazione relativa alla compatibilità della norma interna con la norma costituzionale e con la norma convenzionale resta distinta. Nella sentenza n. 78 del 2012, per esempio, in materia di legge di interpretazione autentica sulla decorrenza del termine di prescrizione per la ripetizione di indebito derivante da operazioni bancarie in conto corrente, l'incostituzionalità è stata volutamente pronunciata sulla base di due profili tenuti autonomi e distinti: la violazione dei cosiddetti limiti interni alla retroattività delle leggi, e dunque dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, e la violazione dell'art. 6 CEDU per assenza di «motivi imperativi di interesse generale», nella formula richiesta dalla Corte di Strasburgo per ammettersi intervento legislativo con efficacia retroattiva²⁹.

Tra le pronunce di rigetto, la sentenza n. 132 del 2016 ha dichiarato non fondata questione relativa a legge di interpretazione autentica in materia di retribuzione del lavoro festivo delle forze armate dopo aver esaminato separatamente la violazione del principio di eguaglianza e ragionevolezza ex art. 3 Cost. e la conformità alla giurisprudenza convenzionale per il tramite dell'art. 117, c. 1. Cost.³⁰. Così pure la sentenza n. 193 del 2016, in materia di retroattività della norma più favorevole per le sanzioni amministrative, su cui si tornerà a breve³¹, e la sentenza n. 43 del 2017, di non fondatezza della

l'A. distingue, mutuando concetti dal diritto amministrativo, tra assorbimento proprio, quando l'incostituzionalità relativa a un parametro è motivata in maniera tale da offrire risposta anche al dubbio di costituzionalità sugli altri parametri dichiarati assorbiti – il che accade quando vi è un nesso di interdipendenza o di implicazione logica tra i vizi – e assorbimento improprio, il più frequente, in cui non vi è nesso di interdipendenza tra le censure, sicché nulla è possibile trarre dalla sentenza sulle censure non considerate, su cui semplicemente la Corte non si è pronunciata (12 ss., 27 ss.).

²⁹ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78; il punto 12 *Cons. dir.* si conclude con la violazione dell'art. 3 Cost., mentre nel successivo punto 13 *Cons. dir.* la Corte accerta l'incostituzionalità «anche per altro profilo», ripercorrendo la giurisprudenza CEDU. Gli altri parametri costituzionali invocati dalle ordinanze di rimessione (artt. 23, 24, 41, 47, 101, 102, 104, 111 Cost.) sono dichiarati assorbiti.

³⁰ Corte cost., 10 giugno 2016, n. 132, 4-8 *Cons. dir.* sul principio di ragionevolezza e 9-11 *Cons. dir.* sulla violazione dell'art. 117, c. 1, Cost.

³¹ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, di non fondatezza della incostituzionalità dell'art. 1 l. 24 novembre 1981, n. 689 nella parte in cui non prevede l'applicazione all'illecito amministrativo della legge successiva più

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

domanda di estensione del principio di retroattività degli effetti delle pronunce di illegittimità costituzionale oltre il limite dei rapporti esauriti anche al giudicato formatosi su sanzioni amministrative ritenute sostanzialmente penali nel senso della Convenzione. Ad una articolata disamina della giurisprudenza di Strasburgo per escludere la violazione dell'art. 7 CEDU segue l'autonoma trattazione dell'infondatezza dell'art. 25, c. 2, Cost.³². Sempre di rigetto è la sentenza n. 94 del 2017, in tema di brevità del termine di decadenza di centoventi giorni per introdurre azione per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, in cui sono analizzati i distinti profili di violazione degli artt. 3; 24, c. 1 e 113, cc. 1 e 2 Cost.; 117, c. 1, Cost., rispetto ai principi di equivalenza ed effettività della tutela giurisdizionale sia nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che nella giurisprudenza convenzionale³³. Separato è pure l'esame dei vizi nella sentenza n. 122 del 2017, ove sono distintamente analizzate le censure ex art. 21 Cost., 15 Cost. e art. 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 8 CEDU, in tema di restrizioni alla ricezione di libri e riviste spediti dall'esterno per i detenuti assoggettati a 41-bis. La ricognizione della giurisprudenza convenzionale è preceduta dall'inciso per cui «[è] già insita» negli argomenti spesi per i parametri costituzionali interni la non fondatezza della violazione delle norme convenzionali³⁴.

favorevole; separatamente è dichiarata non fondata la violazione dell'art. 3 Cost., sollevata per aver il legislatore previsto il principio della *lex mitior* per alcune sanzioni amministrative e non per altre.

³² Nella più recente Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, relativa alla riapertura del giudicato civile e amministrativo nei confronti sia di soggetti che avevano esperito ricorso alla Corte di Strasburgo, sia di altri soggetti in casi analoghi; la violazione degli artt. 24 e 111 è stata dichiarata inammissibile per difetto di motivazione e la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in connessione con l'art. 46 CEDU, infondata sulla base di un ampio esame della giurisprudenza CEDU e di riferimenti comparati alla legislazione tedesca, spagnola e francese. Questa impostazione della motivazione lascia sottintendere una non coincidenza tra parametri, per cui gli argomenti del rimettente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sul parametro convenzionale non sono stati ritenuti sufficienti per giustificare anche la violazione del parametro interno.

³³ Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, 8 *Cons. dir.*

³⁴ Corte cost., 26 maggio 2017, n. 122, 7 *Cons. dir.* Per altri esempi, Corte cost., 26 novembre 2015, n. 240, sulla richiesta della messa in prova prima dell'apertura del dibattimento ex art. 646-bis c.p.p., dichiara entrambe infondate,

3.5. Variabilità entro il medesimo ambito materiale

L'assenza di un criterio tendenziale sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità emerge, d'altra parte, con nitidezza dall'analisi di una successione di sentenze attinenti ad un medesimo ambito materiale e a questioni di diritto analoghe. In tema di garanzia dell'udienza pubblica nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali, nella sentenza n. 93 del 2010 l'incostituzionalità è stata pronunciata sulla base del solo art. 117, c. 1, Cost., dichiarando espressamente assorbite le censure ex art. 111, c. 1³⁵. Questioni simili, relative al procedimento di applicazione di misura di sicurezza avanti al magistrato di sorveglianza e al giudizio di opposizione avverso ordinanza in materia di confisca di cosa oggetto di reato, sono state decise, invece, sulla base congiunta degli artt. 111, c. 1, e 117, c. 1, Cost., confrontando i principi desumibili dalla giurisprudenza convenzionale con la *ratio* dell'istituto di diritto interno controverso e con i beni di rango costituzionale coinvolti³⁶.

dopo separato esame, le violazioni dell'art. 3 Cost. e dell'art. 117, c.1, Cost., connesso all'art. 7 CEDU e Corte cost., ord. 8 settembre 2016, n. 207, di manifesta infondatezza per la già pronunciata n. 240 del 2015.

³⁵ Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, su questione sollevata ex art. 111, c. 1, e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU; il parametro dell'incostituzionalità è solo l'art. 117, c. 1, ma nella motivazione si sottolinea la coincidenza dell'interpretazione di Strasburgo con altri parametri costituzionali, 7 *Cons. dir.*

³⁶ Corte cost., 21 maggio 2014, n. 135, avente ad oggetto gli artt. 666, c. 3, 678, c. 1, e 679, c. 1, c.p.c. nella parte in cui non consentono che la procedura di applicazione delle misure di sicurezza si svolga, su istanza degli interessati, nelle forme della pubblica udienza; anche Corte cost., 5 giugno 2015, n. 97, sugli artt. 666, c. 3, e 678, c. 1, c.p.c. nel procedimento di sorveglianza, anch'essa decisa sulla base sia dell'art. 117, c. 1, che dell'art. 111, c. 1, e Corte cost., 15 giugno 2015, n. 109, ancora sugli artt. 666, c. 3, 667, c. 4, e 676 c.p.c. in procedimento di opposizione avverso ordinanza in materia di confisca. È interessante notare che, nel riprendere testualmente i propri precedenti, la Corte costituzionale stessa dà atto del fatto che nella n. 93 del 2010 la dichiarazione di incostituzionalità sia intervenuta sulla base del solo art. 117, c. 1, mentre a partire dalla successiva n. 135 del 2014 di entrambi i parametri, ma senza motivare sulla differenza (Corte cost. n. 97 del 2015, 2 *Cons. dir.*; Corte cost. n. 109 del 2015, 3 *Cons. dir.*). In tutte queste sentenze la

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

In materia di irragionevole durata, il solo art. 117, c. 1, torna ad essere parametro unico per la dichiarazione di illegittimità costituzionale nella sentenza n. 184 del 2015, sul computo della durata del processo penale ai fini dell'equa riparazione, mentre la violazione dell'art. 111, c. 1, è stata dichiarata assorbita³⁷. La successiva sentenza n. 36 del 2016 segue la n. 184 del 2015, in tema di illegittimità dei termini di durata previsti per lo stesso procedimento ex legge Pinto. Questa volta, però, l'incostituzionalità è dichiarata sulla base degli artt. 111, c. 2, Cost. e 117, c. 1, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, mentre ad essere assorbita è la violazione dell'art. 3 Cost.³⁸.

La scelta del parametro – 117, c. 1, quale parametro unico e assorbente, o considerato congiuntamente all'art. 111 Cost. – non è, perciò, univoca e la variabilità non appare giustificata da peculiarità legate alle singole ordinanze di rimessione. Le variazioni nell'uso dei parametri, d'altra parte, non determinano una sostanziale diversità degli argomenti utilizzati dalla Corte, né un diverso effetto sull'esito del giudizio nel senso dell'accoglimento o del rigetto.

3.6. Casi in cui la preferenza per l'art. 117, c. 1, dipende dalla struttura della fattispecie

In alcune fattispecie l'art. 117, c. 1, Cost. assume priorità, ed anzi esclusività, come parametro di costituzionalità per ragioni legate alla fattispecie esaminata. Così è, per esempio, per la fase del giudizio in cui sorge la questione di costituzionalità e la connessa esigenza di dare esecuzione a una sentenza di Strasburgo. Si tratta delle fattispecie decise nella sentenza n. 210 del 2013 e precisate nella successiva n. 57 del 2016. La sentenza del 2013 originava da un'ordinanza delle Sezioni Unite penali sollevata per violazione degli artt. 3 e 117, c. 1,

Corte ragiona sui beni di rango costituzionale, in particolare la libertà personale, che le misure di sicurezza toccano, per considerare la «posta in gioco» del procedimento, secondo lo schema utilizzato dalla Corte di Strasburgo per affermare l'esigenza di pubblicità dell'udienza.

³⁷ Corte cost., 23 luglio 2015, n. 184; nella medesima sentenza è dichiarata inammissibile questione sollevata ex art. 3 Cost., oltre agli artt. 111, c. 1, e 117, c. 1.

³⁸ Corte cost., 13 gennaio 2016, n. 36, punto 8 *Cons. dir.*

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

Cost., in relazione all'art. 7 CEDU, volta a dare esecuzione ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Scoppola c. Italia* del 17 settembre 2009 in casi analoghi sui quali si fosse formato il giudicato e non sottoposti al sindacato a Strasburgo. La questione ex art. 3 Cost. è dichiarata inammissibile e la illegittimità pronunciata sulla base del solo art. 117, c. 1, Cost.³⁹. Dietro a questa scelta del parametro, la Corte indica una precisa ragione di ordine sostanziale attinente all'oggetto del giudizio penale di esecuzione: non sarebbe possibile dubitare nel corso dell'esecuzione della conformità a Costituzione del precetto penale e della pena irrogata ormai coperti dal giudicato. A questo principio la Corte costituzionale introduce, seguendo la Cassazione, un'eccezione volta a rimuovere nei confronti di tutti i condannati che si trovino nelle medesime condizioni accertate da Strasburgo gli effetti della violazione maturata nella fase della cognizione. Proprio la necessità di dare esecuzione a sentenza di Strasburgo in casi analoghi giustifica, per la Corte costituzionale, che il parametro di costituzionalità di norma sostanziale contestata nel corso dell'esecuzione penale possa essere solo l'art. 117, c. 1, Cost.⁴⁰,

³⁹ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210; il tema è così inquadrato dalla Corte: «se però il legislatore non interviene, sorge il problema relativo alla eliminazione degli effetti già definitivamente prodotti in fattispecie uguali a quella in cui è stata riscontrata l'illegittimità convenzionale ma che non sono state denunciate dinnanzi alla Corte EDU, diventando così inoppugnabili». L'obbligo ex art. 46 CEDU di porre rimedio alla violazione accertata anche in fattispecie non oggetto del giudizio a Strasburgo in cui si è prodotta una violazione analoga comporta una cedevolezza del giudicato, giustificata per la Corte dal fatto che lo stesso ordinamento interno reputa recessivo il valore del giudicato in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato.

⁴⁰ Il punto è ribadito da Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57, che dichiara l'inammissibilità della questione sollevata nel corso di esecuzione penale proprio perché attinente a un caso che lo stesso giudice rimettente riteneva *diverso* rispetto a quello che aveva originato la sentenza *Scoppola* sulla base del momento in cui era stato richiesto il giudizio abbreviato e del quadro normativo all'epoca vigente. Vi si legge che «Proprio i limiti entro cui si muove ... il giudizio di esecuzione circoscrivono la questione di legittimità costituzionale, consentendola solo con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., posto che, al di fuori della verifica di compatibilità della legge con la CEDU, innescata dalla sentenza europea, la norma concernente la pena non deve essere più applicata nel processo esecutivo, con conseguente difetto di rilevanza di ulteriori questioni (sentenza n. 210 del 2013). Perciò l'ammissibilità nel procedimento esecutivo di una questione di legittimità

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

mentre il parametro costituzionale interno resta assorbito, perché avrebbe se mai dovuto essere oggetto di incidente di costituzionalità nella fase della cognizione. La selezione del parametro è, dunque, qui strettamente connessa all'esigenza, imposta dall'art. 46 CEDU allo Stato in tutte le sue articolazioni, di rimuovere in via generale gli effetti della violazione, e a ciò provvede la questione di legittimità costituzionale sollevata come incidente nella fase dell'esecuzione penale e la conseguente dichiarazione di incostituzionalità pronunciata alla Corte.

4. Alla ricerca di una ratio: la natura dei diritti in gioco

Si è detto all'inizio del contributo che alcune questioni di costituzionalità sono state decise sulla base del solo parametro interno, anche se vi era stato un precedente analogo della Corte di Strasburgo e le ordinanze di rimessione facevano ampio riferimento alla giurisprudenza convenzionale. Il caso del segreto sul nome della madre rimasta anonima e il caso del cognome materno attengono, per riprende le parole del saggio citato in apertura, a: «delicati aspetti che riguardano in profondità il costume e la coscienza sociale, la vita di relazione e familiare, i nuovi diritti della personalità che caratterizzano la vita di relazione, familiare, sociale, sessuale di un individuo»⁴¹.

Da questa giurisprudenza potrebbe ricavarsi l'impressione che, in quelle fattispecie, la preferenza accordata al parametro costituzionale interno possa trovare radice nella natura dei diritti in gioco. Quando è chiamata a intervenire su temi sensibili in cui, per di

costituzionale avente ad oggetto la norma in base alla quale è stata determinata la pena richiede l'assoluta identità tra il caso deciso dalla Corte EDU, alla cui sentenza il giudice ritiene di doversi adeguare, e il caso oggetto del procedimento a quo, giacché ogni diversa ipotesi verrebbe ad esorbitare dai limiti propri del giudizio esecutivo» (7.1. *Cons. dir.*). E ancora, la prospettata violazione dell'art. 3 Cost. è inammissibile, perché non attiene alla necessità di conformarsi a una sentenza di Strasburgo, «cioè al solo caso che, come si è visto, può giustificare un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione» (7.3. *Cons. dir.*).

⁴¹ N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale"*, cit., p. 4.

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

più, è richiesto un *overruling* di una propria precedente decisione, scegliendo il parametro interno la Corte darebbe risalto a un processo di autonoma maturazione delle norme costituzionali, dipendente dall'evoluzione di fattori normativi, sociali e culturali interni cui il parametro costituzionale reagisce. Per altro verso, questa scelta eviterebbe di alimentare l'impressione che nuove conformazioni dei diritti derivino da un *dictum* estraneo e impositivo che piega e sacrifica i principi costituzionali e le diverse sensibilità che in essi si riflettono. Vi potrebbe essere, dunque, una preoccupazione di accettazione del risultato agli occhi dell'opinione pubblica.

Ma questa tesi non delinea un criterio che ispiri l'ordine di esame dei vizi fino in fondo. Nella recente sentenza n. 272 del 2017, per esempio, sull'accertamento dell'inesistenza del rapporto di filiazione di un minore nato da maternità surrogata all'estero, la questione è dichiarata non fondata sulla base di un esame congiunto degli artt. 2, 3, 30, 31 e 117, c. 1, in relazione all'art. 8 CEDU. Controverso era l'automatismo dell'impugnazione del riconoscimento dello *status filiationis*. Il principio della tutela del miglior interesse del minore, che guida la decisione e interseca tutti i parametri indicati, è rinvenuto dalla Corte entro un quadro normativo e giurisprudenziale variegato, composto dai trattati internazionali in materia di diritti del fanciullo, dall'art. 24, c. 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla giurisprudenza di Strasburgo relativa al *best interest* del minore entro gli artt. 8 e 14 CEDU, compresi i casi in materia di maternità surrogata, ma anche dalle modifiche legislative interne recenti e meno recenti, dai precedenti della stessa Corte costituzionale e dalla giurisprudenza della Cassazione. Da questi ultimi emerge la centralità dell'interesse del bambino e insieme l'evoluzione normativa e ordinamentale del concetto di famiglia, dando rilievo giuridico alla genitorialità sociale ove non vi è corrispondenza con quella biologica⁴². Anche in questa fattispecie si trattava di un caso delicato,

⁴² Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, sull'art. 263 cc., 4.1. sg. *Cons. dir.*; vi si afferma in più punti che l'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluta e che la necessità di considerare il concreto interesse del minore in tutte le decisioni che lo riguardano è fortemente radicata nell'ordinamento sia interno che internazionale. La Corte riconosce al giudice ampi margini per un bilanciamento in concreto tra la

che sfiorava il tema della maternità surrogata dal punto di vista del bambino, eppure la Corte non si è chiusa intorno al solo parametro costituzionale interno, ma ha dato risalto al principio di apertura della Costituzione alle norme internazionali.

5. L'assenza di un ordine di esame dei vizi di costituzionalità e i suoi riflessi sul rapporto tra sistema convenzionale e ordinamento interno

Dall'analisi effettuata non emerge un ordine di esame dei vizi di costituzionalità e di convenzionalità, né un criterio che ispiri tale ordine. Resta fermo innanzitutto che, poiché il vizio di convenzionalità si traduce in una questione di legittimità costituzionale, non si pone un problema di priorità logica collegato alla non applicazione tale da incidere sulla rilevanza, come accade per il diritto dell'Unione europea dotato di effetti diretti⁴³. Tenuto questo

prevalenza della verità dello *status filiationis* biologico e le conseguenze sulla posizione giuridica del bambino, bilanciamento che, nelle parole della Corte, deve «tener conto di variabili molto più complesse della rigida alternativa vero o falso», quali la durata del rapporto instauratosi, la condizione identitaria già acquisita dal minore. Tuttavia, in chiusura di motivazione, la Corte suggerisce di tenere in considerazione anche «l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità», prospettando di valutare in concreto la possibilità di costituire con il minore un legame giuridico diverso dal riconoscimento, come quello derivante dall'adozione in casi particolari.

⁴³ Si veda però ora Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, su cui A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in questa *Rivista*, n. 3 del 2017, 1-13; G. Pistorio, *Conferme e precisazioni nel «cammino comunitario» della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in www.diritticomparati.it, 11 gennaio 2018; i contributi pubblicati su www.forumcostituzionale.it di C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, 18 dicembre 2017; A. Guazzarotti, *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, 18 dicembre 2017; L. Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2007*, 18 dicembre 2017; R. G. Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione a seconda lettura*, 28 dicembre 2017; G.

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

come punto fermo, la giurisprudenza costituzionale sulla CEDU conferma l'ampia discrezionalità della Corte costituzionale nella scelta dell'ordine di esame dei vizi autonomi, tra cui il vizio di convenzionalità⁴⁴.

Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, 25 gennaio 2018; D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, 24 gennaio 2018; A.O. Cozzi, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, 1 febbraio 2018; L. S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, n. 3 del 2018, 31 gennaio 2018. Gli effetti della sentenza n. 269 del 2017 dovranno essere chiariti nel tempo. Ad una prima analisi, pare di poter dire che il sindacato sui diritti fondamentali, già accentrato per la CEDU, dovrebbe essere ritornato interamente nella competenza della Corte costituzionale. Rimangono, tuttavia, significative differenze tra il giudizio di convenzionalità e il giudizio relativo alla violazione della Carta dei diritti fondamentali, nella misura in cui la CEDU ha un'applicazione generalizzata alle fattispecie che sono sussumibili nelle norme convenzionali, mira ad offrire uno standard minimo nella tutela dei diritti ed è improntata al principio di sussidiarietà, mentre la Carta europea esplica effetti negli ambiti di applicazione del diritto dell'Unione definiti dai Trattati ed è parte di un ordine giuridico animato dal principio del primato; la CEDU, inoltre, trova un limite in tutte le norme costituzionali, mentre la Carta europea sarebbe tenuta al rispetto dei soli principi supremi costituzionali.

⁴⁴ In generale sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità, A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., p. 129-169 e la relativa bibliografia: la Corte non è vincolata all'ordine con cui l'autorità rimettente ha prospettato le censure, a meno che esse non siano legate da un nesso di pregiudizialità (132 e 136); per le censure autonome, infatti, non risultano dalla giurisprudenza, sia nei giudizi in via incidentale che nei giudizi in via principale, criteri indefettibili e costantemente applicati, tali per cui alcuni vizi non vengono mai assorbiti perché esaminati per primi (169). L'A. giunge a queste conclusioni dopo aver analizzato alcune ipotesi di violazioni autonome in cui la dottrina aveva intravisto un criterio di priorità logica almeno tendenziale, che hanno trovato però smentita in altra parte della stessa giurisprudenza: così per il vizio ex art. 3 Cost. e il divieto di disparità di trattamento; per la violazione del giudicato costituzionale ex artt. 136 e 137 Cost.; per la precedenza di vizi di natura formale, come l'eccesso di delega legislativa o l'assenza di straordinarietà e urgenza dei decreti-legge, rispetto ai vizi di natura sostanziale. In questa disamina l'A. considera anche la eventuale precedenza della violazione del parametro convenzionale, in quanto concettualmente autonomo rispetto alla violazione dei parametri costituzionali

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

In dottrina sono presenti opinioni divergenti sul peso assegnato dalla Corte costituzionale al parametro convenzionale: a fronte di chi ha invitato a non appiattirsi sulla giurisprudenza di Strasburgo, pur riconoscendone la ricchezza, per non perdere la complessità di profili e significati del parametro costituzionale interno⁴⁵, vi è chi considera non solo il richiamo a quella giurisprudenza, ma proprio il mancato riferimento esplicito all'art. 117, c. 1, Cost. come fonte di incertezza, perché non rende intellegibile le origini dell'interpretazione costituzionale adottata, specie se divergente rispetto a precedenti decisioni della stessa Corte costituzionale⁴⁶.

Certamente la chiarezza trae vantaggio dallo schema che tratta in maniera separata e autonoma le violazioni costituzionali e quelle convenzionali. Questo schema rende chiari i principi e i criteri di giudizio derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo. Ove questi principi e criteri sono direttamente esaminati entro il parametro interno, invece, è più difficile distinguere cosa venga dall'elaborazione costituzionale *motu proprio* e cosa sia tratto dalla giurisprudenza convenzionale. Questa chiarezza è particolarmente utile al controllo sulle motivazioni da parte della dottrina e dell'opinione pubblica quando la Corte costituzionale abbia già adottato una sentenza di segno diverso, per spiegare l'evoluzione interpretativa del parametro.

La considerazione del solo art. 117, c. 1, quando invocato insieme a parametri interni dichiarati assorbiti, d'altra parte, presenta

sostanziali, su cui *supra*. In dottrina, per una posizione critica sull'autonomia della Corte nella selezione dell'ordine di esame dei vizi e per la necessità di una logica nell'argomentazione per garantire la certezza del diritto, l'A. rinvia a G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 409-410. La conferma espressa del fatto che il vizio di convenzionalità è vizio autonomo si ha da Corte cost. n. 162 del 2014, *supra*.

⁴⁵ In relazione al diritto alla salute, sulle ragioni della centralità acquisita nella giurisprudenza interna dagli argomenti europei, pur appiattiti sul profilo della libertà di scelta individuale, a discapito della ricchezza dei profili di tutela offerti dalla Costituzione, che affiancano la libertà a una matrice sociale, G. Repetto, "Non di sola CEDU...". *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Diritto pubblico*, n. 1 del 2013, p. 131-166.

⁴⁶ Sempre in tema di attribuzione del cognome materno, E. Malfatti, *Illegittimità dell'automatismo nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017.

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

elementi di debolezza sotto il profilo degli effetti delle sentenze verso i giudici comuni e verso il futuro legislatore. Quando l'esame della Corte si concentra sulla violazione del solo art. 117, c. 1, e non coinvolge i parametri costituzionali interni, la soluzione raggiunta si espone al mutare dell'interpretazione delle norme convenzionali. Si intende dire che in questi casi la conformità o meno a Costituzione è fatta dipendere *soltanto* da un parametro, le norme convenzionali per come interpretate da Strasburgo, che per sua natura è suscettibile di mutare o comunque modularsi o precisarsi abbastanza rapidamente, essendo legato ai casi di specie secondo un metodo tipico della *common law*⁴⁷. Quando, invece, la costituzionalità è valutata *anche* sulla base del parametro interno, la soluzione raggiunta, sia essa di incostituzionalità o di rigetto⁴⁸, resta ancorata alla maggiore stabilità delle norme costituzionali e costituisce un'indicazione più certa sia per i giudici che intendano sollevare nuove questioni di legittimità costituzionale, sia per il futuro legislatore che voglia intervenire sulla normativa oggetto di giudizio⁴⁹.

A questi rilievi, si possono aggiungere alcune considerazioni sul rapporto tra sistema convenzionale e sistema costituzionale che l'ordine di esame dei vizi di costituzionalità riflette. In apparenza, lo schema della trattazione separata e autonoma del parametro convenzionale e del parametro costituzionale interno accentua l'impressione di due sistemi di tutela che procedono separati e

⁴⁷ Per l'impronta di "*common law*" della giurisprudenza di Strasburgo e per la connessa difficoltà di ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, molto chiaramente V. Zagrebelsky, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, maggio 2015.

⁴⁸ Sui diversi effetti dell'assorbimento in sentenze di accoglimento e di rigetto, cfr. *supra* nota 28.

⁴⁹ Si riprende qui uno spunto di A. Bonomi, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, cit., 316, sulle questioni decise alla luce del solo art. 3 Cost., con altri parametri sostanziali assorbiti, che si espongono al fatto che il mutamento del *tertium comparationis* revochi in dubbio le ragioni dell'incostituzionalità ormai dichiarata, mentre se la Corte avesse deciso anche sulla base dei parametri sostanziali sarebbero più chiari i confini di un successivo intervento del legislatore; l'A. estende questo ragionamento alle norme di diritto europeo e in realtà, in nota 34, a tutte le norme interposte, in quanto suscettibili di variare. Il ragionamento può, dunque, essere esteso anche alle norme convenzionali.

paralleli. L'impressione è confortata da alcune sentenze in cui è chiaramente definito il livello di tutela convenzionale dei diritti e quanto, invece, dipende dall'autonoma determinazione dell'ordinamento interno. In materia di sanzioni amministrative, per esempio, di frequente i giudici rimettenti chiedono di estendere alcune garanzie previste per le norme penali alla luce dei criteri sostanzialistici elaborati dalla Corte di Strasburgo. Per riprendere un inciso della Corte costituzionale, si tratta, in questo ambito, di un «*contesto di coesistenza, e non di assimilazione*, tra le garanzie interne e quelle convenzionali»⁵⁰. Due linee, in definitiva, che scorrono parallele e che a volte si sovrappongono e coincidono, a volte no.

Lo schema della trattazione separata ed autonoma, inoltre, è in qualche modo più coerente con la posizione formale della Convenzione, che resta allo stato di rango subcostituzionale. La trattazione separata consente di distinguere, infatti, tra i vizi di costituzionalità che involgono direttamente l'interpretazione e applicazione di precetti costituzionali e i vizi derivanti da una fonte

⁵⁰ Corte cost. n. 43 del 2017, 4.1. *Cons. dir.*; prima di verificare se nella specie la sanzione amministrativa pecuniaria per violazione delle norme in materia di orario di lavoro dei dipendenti rientrasse nella nozione autonoma di "pena" prevista dalla Corte di Strasburgo, la Corte aveva precisato che: «L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna» (3.4. *Cons. dir.*).

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

subordinata, che dev'essere, nelle parole della Corte, in ogni caso conforme a tutte le norme costituzionali⁵¹.

Viceversa, quando i parametri convenzionale e interno sono trattati congiuntamente ne risulta indebolito il profilo della subordinazione gerarchica ed è valorizzata l'impressione di una sovrapposizione e coincidenza tra norme convenzionali e norme costituzionali. In queste fattispecie, il parametro convenzionale non si presenta come parametro esterno autonomamente considerato, bensì gioca "dentro" l'interpretazione stessa della Costituzione. È il momento in cui le linee coincidono.

La funzione interpretativa e integrativa delle norme convenzionali non è nuova, poiché era presente nella giurisprudenza costituzionale ben prima delle sentenze gemelle⁵². Una volta, tuttavia,

⁵¹ La posizione subcostituzionale della CEDU è ribadita, senza pretesa di completezza, in Corte cost. n. 93 del 2010, 4 *Cons. dir.*; n. 196 del 2010, 2.2.2. *Cons. dir.*; n. 113 del 2011, 8 *Cons. dir.*; n. 236 del 2011, 9 *Cons. dir.*; n. 135 del 2014, 6 *Cons. dir.*; n. 97 del 2015, 3 *Cons. dir.*; n. 109 del 2015, 4 *Cons. dir.*; n. 184 del 2015, 5 *Cons. dir.*, in cui la CEDU è definita anche «fonte sovralegislativa». Vi sono sottili variazioni: per esempio nella n. 135 del 2014 si dice che in caso di non compatibilità con la Costituzione la norma convenzionale «che si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – rimarrebbe inidonea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.»; nelle successive n. 97 e n. 109 del 2015 si aggiunge che in quei casi la norma convenzionale «si pone, anzi, in sostanziale assonanza» con le tutele costituzionali stesse. Nelle sentenze più recenti, invece, appare tendenzialmente perdersi l'inciso del *Considerato in diritto* dedicato al richiamo alle sentenze gemelle e allo schema della norma interposta (che è rimasto prevalente rispetto allo schema del rinvio proprio della n. 349 del 2007), forse perché dato ormai per acquisito, e la Corte procede direttamente all'esame del merito del parametro convenzionale.

⁵² Nell'ampia dottrina, M. Ruotolo, *La "funzione ermeneutica" delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 2000, 291 ss.; D. Tega, *Le Carte dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e oltre)*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale. Nell'esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, p. 953-986, e Id., *L'ordinamento costituzionale italiano e il "sistema" CEDU: accordi e disaccordi*, in V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto penale italiano*, in *Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo diritto penale europeo*, Milano, 2011, 193-239, sulle fasi della giurisprudenza costituzionale in rapporto alle norme convenzionali e ai trattati internazionali sui diritti umani.

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

formalizzata la posizione subcostituzionale della CEDU, la modalità di argomentazione congiunta ha un peso diverso: mette in ombra il piano formale del rapporto tra fonti e rimarca la forza sostanzialmente costituzionale delle norme convenzionali, valorizzando la convergenza e coincidenza tra diritti appartenenti a cataloghi diversi.

Potrebbe, dunque, ipotizzarsi che l'oscillazione delle motivazioni tra trattazione separata e autonoma e trattazione congiunta del parametro interno e di quello convenzionale rifletta l'oscillazione, fortemente presente nella giurisprudenza costituzionale, tra l'adesione allo schema formale della norma subcostituzionale e l'integrazione tra norme *sostanzialmente* pari.

Ma occorre essere cauti. Una così netta distinzione del rapporto tra sistemi di tutela convenzionale e interno fondato sull'ordine di esame dei vizi di costituzionalità e sullo schema separato e autonomo, o congiunto, del rispettivo sindacato travisa ciò che si ricava dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Come si è visto, l'ordine di esame è scelto liberamente dalla Corte e se mai dipende molto dall'intreccio degli argomenti a cavallo tra norma interna e convenzionale costruito dal giudice rimettente⁵³.

Non solo. Anche ove la trattazione è congiunta e l'esito del giudizio affine a Strasburgo, lo schema di giudizio è impostato in modo tale da potenzialmente consentire alla Corte costituzionale di conservare un margine autonomo di valutazione. Nella sentenza n.

⁵³ Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193, 2 *Cons. dir.*, che costituisce uno dei rari casi in cui la Corte costituzionale ha esplicitato un ordine di esame dipendente da come era stata impostata la questione di costituzionalità. Il giudice rimettente dubitava della violazione degli artt. 117, c. 1, Cost. in rapporto agli artt. 6 e 7 CEDU e dell'art. 3 Cost. con distinti profili di incostituzionalità; affermava di essere consapevole del fatto che la giurisprudenza costituzionale avesse in più occasioni escluso il principio dell'applicazione retroattiva della norma più favorevole alle sanzioni amministrative, ma riteneva che la Corte potesse rivedere la questione alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, per un verso, e della sopravvenuta introduzione, in diversi settori materiali, di specifiche norme che introducevano la retroattività, per altro verso. La Corte sembra seguire il ragionamento del giudice rimettente nel momento in cui afferma che giova esaminare per prima la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. «secondo l'ordine di priorità logica che nel caso in esame riveste l'accertamento della compatibilità rispetto al parametro sovranazionale», in quanto motivo principale invocato per un *overruling* della giurisprudenza costituzionale.

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

170 del 2013, per esempio, la trattazione congiunta è giustificata, e costituisce la premessa logica, per riprendere le affermazioni già presenti della sentenza n. 264 del 2012 sulla necessità di bilanciamento della norma convenzionale con le altre norme costituzionali, al fine di operare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti e assicurare la massima espansione delle garanzie. La trattazione congiunta, così impostata, non deriva, perciò, necessariamente da una affinità sostanziale tra principi costituzionali e convenzionali, ma è funzionale a mantenere in capo alla Corte un autonomo margine di bilanciamento tra la norma convenzionale immessa nel sistema e le altre norme costituzionali. Nella specie, i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale sono stati definiti «del tutto affini» a quelli sviluppati dalla Corte di Strasburgo, ma tenendo sempre in premessa un freno che consente alla Corte di governare il grado di integrazione⁵⁴.

⁵⁴ La subordinazione formale della CEDU evapora a favore di una considerazione congiunta dei parametri convenzionale e costituzionale in Corte cost. n. 170 del 2013, *supra*, che conclude la motivazione evidenziando la differenza con la n. 264 del 2012, in cui le disposizioni retroattive scrutinate erano volte a perseguire interessi di rango costituzionale, e le disposizioni oggetto di quel giudizio, in cui l'unico interesse sotteso alla retroattività era quello economico dello Stato parte del procedimento concorsuale, di per sé inidoneo a legittimare un intervento normativo che determinava una disparità di trattamento tra creditori concorrenti con lo Stato, frustrando le aspettative di riparto del credito che avevano legittimamente maturato (4.5. *Cons. dir.*). Sulla trattazione congiunta funzionale a una considerazione unitaria e non frazionata dei diritti costituzionali si legge in apertura di motivazione: «I profili di illegittimità costituzionale prospettati dal giudice rimettente *debbono essere esaminati congiuntamente*, in modo che l'art. 6 CEDU, come applicato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, *sia letto in rapporto alle altre disposizioni costituzionali* e, nella specie, all'art. 3 Cost., secondo gli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in tema di efficacia delle norme della CEDU, sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007. Infatti, questa Corte ha affermato che “la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza”, affinché si realizzi la necessaria “integrazione delle tutele” (sentenza n. 264 del 2012), che spetta a questa Corte assicurare nello svolgimento del proprio infungibile ruolo. Pertanto, anche quando vengono in rilievo ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale “deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente

In sintesi, l'ordine di esame dei vizi, la considerazione o meno dell'art. 117, c. 1, Cost. e l'impostazione della motivazione in termini di esame separato e autonomo o di trattazione congiunta del parametro interno e del parametro convenzionale non sono di per sé indici sufficienti a esprimere il grado di adesione che in ciascun caso di specie la Corte costituzionale è disponibile a manifestare verso le soluzioni convenzionali.

6. I riflessi sulla legittimazione della Convenzione

Nei paragrafi precedenti si è osservato che l'ordine di esame dei vizi interni e convenzionali è tendenzialmente rimesso alla libera scelta della Corte costituzionale e non esprime un assetto rigido e predeterminato del rapporto tra sistemi di tutela dei diritti.

Certamente, una maggiore coerenza nell'ordine di esame dei vizi sarebbe auspicabile per la certezza del diritto, la prevedibilità delle decisioni e la possibilità di esercitare un controllo sulla motivazione. Ciò che è importante tuttavia, a nostro avviso, è che, in ciascuno degli schemi utilizzati, sia sempre presente una discussione serrata e esplicita della giurisprudenza convenzionale. Rispetto ad altre giurisprudenze costituzionali, che restano molto più restie a riferirsi estensivamente a Strasburgo, per le stesse finalità di certezza del diritto ora richiamate appare positiva la costante attenzione della Corte costituzionale ad analizzare e dare conto apertamente della giurisprudenza convenzionale, confrontando con essa gli istituti

considerate”, in quanto “un’interpretazione frammentaria delle disposizioni normative [...] rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela” (sentenza n. 1 del 2013). Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la “massima espansione delle garanzie” di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentenze n. 85 del 2013 e n. 264 del 2012)». (4.2. *Cons. dir.*). La stessa impostazione è presente in Corte cost., 4 luglio 2014, n. 191, 4 *Cons. dir.*

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

dell'ordinamento interno⁵⁵. Come è stato osservato, anche quando le soluzioni sono divergenti, il fatto stesso di riconoscere l'esistenza dell'interlocutore esterno e di argomentare i punti di coincidenza e di non concordanza crea un circuito positivo, di cui per vero la stessa Corte di Strasburgo pare avvantaggiarsi⁵⁶.

A questo proposito, un'ultima considerazione attiene al riflesso che gli orientamenti emersi dall'analisi della giurisprudenza costituzionale hanno sulla legittimazione del sistema convenzionale. Il tema si correla essenzialmente alle fattispecie in cui la valutazione del parametro convenzionale è "incorporata" direttamente entro l'analisi del parametro interno. Ci si chiede se questo schema motivazionale rafforzi o indebolisca la Convenzione europea agli occhi degli operatori del diritto e dell'opinione pubblica.

In un recente scritto la dottrina si è chiesta "in nome di chi" venisse esercitata la giustizia resa a Strasburgo, paventando il rischio di un'implosione del sistema convenzionale per il venir meno di un progetto politico di fondo legato ad una vera integrazione tra ordinamenti⁵⁷. Vengono così estese al sistema CEDU le critiche mosse

⁵⁵ Per alcuni cenni alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, che incorpora nei diritti costituzionali interni le interpretazioni di Strasburgo, ma senza farvi esplicito riferimento, sia consentito rinviare a A.O. Cozzi, *The Implicit Cooperation between the Strasbourg Court and Constitutional Courts: A Silent Unity?*, in corso di pubblicazione in *Italian Journal of Public Law*, n. 1 del 2018.

⁵⁶ La tesi della «disobbedienza funzionale» è di G. Martinico, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit. *supra*.

⁵⁷ A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, cit., p. 15-41. L'espressione "In nome di chi" è ripresa dall'A. da A. Von Bogdandy, I. Venzke, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, Torino, 2010. La crisi del sistema convenzionale è ricondotta dall'A. a forme di resistenza presenti sia negli Stati fondatori, come il Regno Unito – per il rifiuto di dare esecuzione alle sentenze di Strasburgo sul diritto di voto ai detenuti e il progetto dell'allora Primo Ministro Cameron di abrogare lo *Human Rights Act* – sia negli Stati dell'Est, per esempio la Federazione russa, che con legge del 2015 ha consentito alla Corte costituzionale di valutare l'esecuzione alle sentenze di Strasburgo. Questi eventi sarebbero il sintomo di una tendenza alla rinazionalizzazione dei diritti come reazione alla crisi del progetto politico di unificare un'Europa a 47 attraverso una supervisione centralizzata e

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

all'Unione europea, relative al fallimento di una integrazione attraverso i diritti e il diritto, operata solo da organi tecnici e che non sia accompagnata e guidata dalla politica. Nell'operare questa estensione, si ammette che non sia applicabile a Strasburgo la ricerca di un improbabile popolo europeo da 47 Stati, anche perché il meccanismo convenzionale resta caratterizzato da alcuni persistenti tratti internazionalistici. La ricerca è, dunque, per una legittimazione indiretta che poggia sulla mediazione degli ordinamenti nazionali. Tra gli elementi di mediazione, si dice, vi sono i giudici, e in particolare le Corti costituzionali, con il ruolo fondamentale di «diaframma» per modulare e adattare l'ordinamento interno alla giurisprudenza di Strasburgo⁵⁸.

Se si accoglie questa prospettazione, può formularsi la domanda sul se la giurisprudenza costituzionale che non tratta sempre le norme convenzionali come parametro esterno autonomo e separato alla luce dell'art. 117, c. 1, Cost., ma le considera, le descrive e le argomenta entro i parametri costituzionali interni, sia servente a questo ruolo di diaframma. In altre parole, la domanda è se trattando la giurisprudenza convenzionale entro il parametro interno la Corte costituzionale stia affermando una superiorità della Costituzione che indebolisce la legittimazione della Convenzione o se, al contrario, la legittimazione della Convenzione ne risulti avvantaggiata. Alla luce dell'analisi svolta, la nostra impressione è che il richiamo della

giurisdizionalizzata dei diritti umani. Di fronte a tali resistenze, secondo l'A. la rifondazione del progetto politico non potrebbe poggiare sulla sola legittimazione tecnica della Corte di Strasburgo, inadeguata a questo scopo e frutto, in realtà, di una irrisolta tensione originaria tra obiettivi federalisti o idealisti, quale quello di realizzare attraverso reti giudiziarie una unità di valori, e obiettivi geopolitici o auto-interessati, come quello originario di costruire un blocco occidentale opposto al blocco sovietico e successivamente di attrarre entro la sfera occidentale gli Stati usciti dalla disgregazione di quel blocco (22-25).

⁵⁸ A. Guazzarotti, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU*, cit., 32-35. Gli altri «dispositivi di legittimazione indiretta basati sulla mediazione degli Stati» come «elementi di mediazione dell'autorità esercitata dalla Corte Edu» sono il controllo in sede di esecuzione delle sentenze esercitato dal Comitato dei Ministri, sempre più procedimentalizzato, ma in ogni caso ambiguo in alcune scelte di chiusura di casi delicati non realmente eseguiti, e le modifiche direttamente apportate a livello costituzionale interno per introdurre meccanismi di adattamento al diritto convenzionale, come nel caso dell'Italia l'art. 117, c. 1, Cost.

giurisprudenza convenzionale entro l'interpretazione del parametro interno possa essere servente al ruolo di diaframma⁵⁹, perché ancora la legittimazione delle decisioni europee direttamente entro le norme costituzionali. In un periodo storico in cui, come già ben evidenziato dalla dottrina sopra richiamata, il sistema convenzionale è fragile, l'aperto richiamo alla giurisprudenza convenzionale, pur entro il parametro interno, non indebolisce il sistema convenzionale, ma gli dà forza. La "precedenza" in alcuni casi riservata al parametro costituzionale non deve essere necessariamente letta, detto altrimenti, in una chiave verticale di priorità logica e sostanziale, di supremazia della Costituzione. Essa, invece, può anche esprimere una interazione orizzontale tra norme convenzionali e costituzionali da cui le prime traggono legittimazione. La Convenzione europea si radica, si rafforza e trae linfa dal tessuto costituzionale. L'ancoraggio delle norme convenzionali direttamente entro il parametro interno conferisce dunque una legittimazione indiretta, ricavata in via riflessa dalla Costituzione. L'effetto è che le norme convenzionali risultano meno esposte a spinte disgregatrici e al pericolo di essere percepite come un'entità estranea e aliena rispetto al sistema costituzionale.

ABSTRACT: Il contributo indaga se esiste un ordine di priorità logica e sostanziale nell'ordine di esame dei vizi di costituzionalità quando sia invocata la violazione sia di parametri interni, sia di norme convenzionali. L'analisi della giurisprudenza costituzionale dimostra che l'ordine di esame dei vizi e la valutazione della violazione dell'art.

⁵⁹ Per usare un'altra espressione, di «sorta di flessibile paratia» parlava G. Silvestri, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista di Diletta Tega a Gaetano Silvestri*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 757-765, per descrivere il ruolo della Corte costituzionale e la necessità di «ambientazione» del diritto convenzionale nel diritto interno, al fine di evitare che quel diritto sia un «diritto tirannico» che entra automaticamente nell'ordinamento senza alcun limite, né bilanciamento; nella «ambientazione» «si collocano le operazioni di bilanciamento» che può fare solo la Corte costituzionale e non Strasburgo, perché non opera nell'ordinamento italiano, né il giudice comune, che ha davanti un caso singolo da risolvere, per cui «si instaurerebbe un rapporto tra casi singoli, senza una visione d'insieme dell'ordinamento costituzionale».

Alessia Cozzi

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

117, c. 1, Cost., separatamente o congiuntamente ai parametri interni, non seguono un criterio costante e non sono di per sé indici capaci di esprimere il grado di adesione alle sentenze di Strasburgo.

PAROLE CHIAVE: art. 117, comma 1, Cost.; CEDU; ordine di esame dei vizi di costituzionalità; convergenza o divergenza; legittimazione

ALESSIA O. COZZI - Ricercatrice presso l'ente nazionale di ricerca Area di Ricerca Scientifica e Tecnologica – Area Science Park, Trieste (alessia.ottavia.cozzi@areasciencepark.it)